



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Övergång av verksamhet

Överlåtelsedirektivets tillämplighet
vid outsourcing

Louise Danielson

Juridiska institutionen

Tillämpade studier, 30 hp

Handledare: Mats Glavå

Innehåll

Förord	3
Sammanfattning	4
Förkortningar	5
1 Inledning	6
1.1 Presentation av ämne	6
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	9
2 Överlåtelsedirektivet	11
2.1 Bakgrund och syfte	11
2.2 Begreppet verksamhetsövergång	12
2.2.1 Lagenlig överlåtelse eller fusion	12
2.2.2 Ekonomisk enhet och bibehållen identitet	13
2.3 Arbetstagarbegreppet	16
2.4 Anställningsskydd vid övergång av verksamhet	16
2.5 Information och samråd	18
3 Den svenska regleringen	20
3.1 Äldre svensk rätt	20
3.2 Implementeringen av överlåtelsedirektivet	21
3.2.1 Anställningsskydd och skydd för anställningsvillkor	21
3.2.2 Övergång av kollektivavtal och förhandlingsskyldighet	24
4 Outsourcing	25
4.1 Vad är outsourcing?	25
4.2 Varför väljer företag outsourcing?	26
4.3 Risker med outsourcing	27
5 Överlåtelsedirektivet och outsourcing	29
5.1 Rättsfallsgenomgång	29
5.1.1 EG-domstolen	29
5.1.2 EFTA-domstolen	33
5.1.3 Arbetsdomstolen	34
5.2 Är överlåtelsedirektivet tillämpligt vid outsourcing av verksamhet?	36
5.2.1 Outsourcing och lagenlig överlåtelse	37
5.2.2 Outsourcing av verksamhet eller del av en verksamhet	38
5.2.3 Sammanfattning och slutsats	40

5.3 Rättsverkningar i en outsourcingsituation	42
6 Praktiska överväganden	44
6.1 Oklara övergångssituationer i samband med outsourcing	44
6.1.1 Riskanalys	45
6.1.2. Vilket handlingsutrymme har parterna?	46
6.2 Praktiska råd inför outsourcing	49
7 Avslutande diskussion	51
7.1 Skyddssyfte vs. ekonomiskt intresse	51
7.2 Vem är ansvarig arbetsgivare och vem är överlåtare?	53
7.3 Avslutning	53
Käll- och litteraturförteckning	55
Offentligt tryck	55
Litteratur	55
Övrigt	56
Rättsfallsförteckning	57
EG-domstolen	57
EFTA-domstolen	58
Arbetsdomstolen	58

Förord

Det är i och med denna uppsats dags för mig att avsluta mina studier vid Juridiska institutionen vid Göteborgs Universitet. Över fyra år har gått sedan jag första gången, med spänd förväntan, kom till Handelshögskolan som ny student på juristprogrammet. Med samma förväntan lämnar jag nu Göteborg och tar steget ut i yrkeslivet.

Jag vill passa på att tacka min handledare Mats Glavå som kommit med vägledande synpunkter på mitt arbete och fått mig att se på ämnet ur olika perspektiv.

Jag vill även tacka Mannheimer Swartling Advokatbyrå i Göteborg för fem lärorika och inspirerande praktikveckor i samband med uppsatsskrivandet. Ett särskilt tack till arbetsrättsgruppen för hjälp med uppsatsämne och inriktning på arbetet. Tack även till Magnus Löfving på Advokatfirman Lindahl i Göteborg som ställt upp och svarat på mina frågor och funderingar.

Till sist vill jag även säga ett stort tack till min familj som ställt upp och stöttat mig på alla tänkbara sätt under hela studietiden. Jag hade inte klarat det utan er.

Göteborg den 10 december 2009

Louise Danielson

Sammanfattning

Näringslivet och arbetsmarknaden har under de senaste årtiondena genomgått en rad förändringar till följd av den globala och teknologiska utvecklingen. Som en konsekvens ställs det idag höga krav på företags förmåga att anpassa sig efter de omvärldsförändringar som hela tiden sker. Många företag kan sägas vara föremål för en ständigt pågående struktumvandlingsprocess med avsikt att skapa ekonomisk effektivitet, flexibilitet och konkurrenskraft. Omstruktureringar såsom företagsförvärv, sammanslagningar och inte minst outsourcing av verksamhet har således kommit att bli vanliga företeelser bland affärsverksamheter idag.

Mot bakgrund av ökade företagskoncentrationer och sammanslagningar mellan större företag på den gemensamma marknaden valde rådet 1977 att införa ett EG-direktiv om överlåtelse av verksamhet, till skydd för arbetstagare i sådana situationer. Överlåtelsedirektivet, som sedermera har implementerats i svensk lagstiftning, innehåller bl.a. regler om skydd för anställningen för de arbetstagare som berörs av en övergång och även visst skydd för anställningsvillkoren. De arbetstagare som är sysselsatta i den verksamhet, eller del av verksamhet, som är föremål för överlåtelse skall ges möjlighet att fortsätta sin anställning hos förvärvaren, på samma villkor som var gällande hos överlåtaren. Direktivets skyddsregler innehåller även ett uppsägningsförbud, vilket ytterligare förstärker anställningsskyddet i övergångssituationer. En verksamhetsöverlåtelse skall inte i sig utgöra skäl för uppsägning, från vare sig överlåtarens eller förvärvarens sida. För att en verksamhetsövergång i enlighet med direktivet, och lagen om anställningsskydd, skall vara för handen krävs emellertid att föremålet för övergången kan beskrivas som en ekonomisk enhet som bibehåller sin identitet.

Överlåtelsedirektivet hör till en av de mest prövade rättsakterna inom EG-rätten och den närmare innebörden av direktivets tillämpningsområde har uttolkats av EG-domstolen i ett flertal rättsfall. Av rättspraxis följer att en helhetsbedömning skall göras vari flera kriterier skall beaktas och vägas. I gränslandet för överlåtelsedirektivets tillämpning återfinns outsourcing, vilket under senare år har utvecklats som en strategi för att skapa lönsamhet och öka företags flexibilitet. Begreppet outsourcing innefattar såväl de situationer då verksamhetsledningen för första gången anlitar ett annat företag för utförandet av aktiviteter som tidigare utförts i egen regi, som de situationer som uppkommer när ett företag vill byta outsourcingleverantör, eller låta verksamheten som tidigare varit utlagd återigen utföras internt inom företaget.

Överlåtelsebestämmelserna är komplexa och leder inte sällan till praktiska tillämpningsproblem, särskilt i outsourcing-situationer. Oklarheter uppstår ofta om arbetstagarna har rätt att följa med till förvärvaren, outsourcingleverantören, och vem som är ansvarig arbetsgivare. I praktiken försöker parterna ofta skräddarsy övergången för att minimera riskerna.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
ECR	European Court Report
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	European Free Trade Association (Europeiska frihandelssammanslutningen)
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Prop.	Proposition
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

Denna uppsats är skriven inom ramen för tillämpade studier under sista terminen på juristprogrammet. Uppsatsens ämne är verksamhetsöverlåtelser med särskilt fokus på outsourcing av verksamhet.

1.1 Presentation av ämne

Globaliseringen och den ekonomiska utvecklingen i världen har under de senaste decennierna lett till stora förändringar för företag. Från att tidigare ha verkat med utgångspunkt i nationella förhållanden deltar företag idag i hård konkurrens på en internationell marknad. För att möta såväl interna som externa förändringar och samtidigt vara konkurrenskraftiga ställs stora krav på företags flexibilitet samt förmåga att fatta snabba och rationella beslut. Omstruktureringar såsom företagsförvärv, sammanslagningar, leverantörsbyten och utläggning av verksamhet på entreprenad är därmed vanligt förekommande i dagens näringsliv.

Företag har också, till följd av den teknologiska utvecklingen, blivit allt mer specialiserade. De delar som inte tillhör företagets kärnverksamhet läggs inte sällan ut på ett annat företag. Outsourcing, vilket innebär att ett företag utkontrakterar en funktion, eller del av en funktion, inom företaget till en extern entreprenör, har under de senaste åren vuxit fram som en strategi för att skapa flexibilitet och öka lönsamheten i ett företag. Precis som andra omstruktureringar är outsourcing således i de flesta fall av stor företagsekonomisk betydelse. Omstruktureringar är emellertid även betydelsefulla för samhällsekonomin i stort och inte minst för enskilda arbetstagare som, direkt eller indirekt, påverkas av förändringarna.¹

Arbetstagarnas situation i samband med omstruktureringar av olika slag började från EG-rättslig sida att uppmärksammas på 1970-talet. Det resulterade bl.a. i utfärdandet av överlåtelседirektivet som kortfattat innebär att vid en övergång av verksamhet mellan två arbetsgivare skall arbetstagarnas anställning och anställningsvillkor automatiskt övergå på förvärvaren, samt att en verksamhetsövergång i sig inte utgör grund för uppsägning hos överlåtare.² Intresset av att skydda arbetstagare i situationer då en verksamhet, eller del av en verksamhet, övergår till ny arbetsgivare står mot behovet av ett effektivt och fungerande näringsliv. En skyddsreglering för de anställda kan, sett ur arbetsgivarnas perspektiv, anses hindra flexibiliteten samt försvåra för företag att finna lösningar som är verkningsfulla och dessutom konkurrenskraftiga. Omstruktureringar och verksamhetsövergångar skapar å andra sidan inte sällan frågor och oro hos de anställda. Har de rätt att få följa med till förvärvaren efter övergången? Har de i så fall rätt att behålla sina tidigare anställningsvillkor? Vad händer om förvärvaren redan har arbetstagare som kan utföra de aktuella arbetsuppgifterna?

¹ Mulder, 2004, s. 11

² Mulder, 2004, s. 115

Överlåtelsedirektivet skrevs ursprungligen mot bakgrund av att antalet sammanslagningar mellan större företag och inom multinationella koncerner blev allt vanligare. Nya företagsledningsstrategier och den teknologiska utvecklingen har emellertid lett till att överlåtelsedirektivet idag har störst betydelse vid bl.a. outsourcing, upphandling av entreprenader och privatisering av offentlig verksamhet.³ I denna uppsats kommer fokus att ligga på outsourcing av verksamhet, vilket kan sägas ligga i gränslandet för överlåtelsedirektivets tillämpningsområde. Frågan huruvida bestämmelserna i överlåtelsedirektivet skall tillämpas i situationer då företag väljer att utkontraktera verksamhet, eller del av en verksamhet, till ett annat företag kommer således att vara av avgörande betydelse i detta arbete.

1.2 Syfte och frågeställning

Denna uppsats har till syfte att teoretiskt beskriva och klargöra vad som innefattas i begreppet verksamhetsövergång, med utgångspunkt i EG-domstolens tolkning av överlåtelsedirektivets tillämpningsområde, samt vilka rättsverkningar som reglerna i överlåtelsedirektivet ger upphov till.

Vid outsourcing av verksamhet råder emellertid speciella omständigheter jämfört med traditionella företagsförvärv och sammanslagningar. Outsourcing är till stor del präglad av flexibilitet och strategiska överväganden. I vissa outsourcing-situationer är dessutom flera parter inblandade, vilket kan göra en tillämpning av överlåtelsebestämmelserna än mer komplex. Uppsatsens huvudsakliga syfte är således att närmare undersöka huruvida outsourcing är att betrakta som en övergång i enlighet med bestämmelserna i överlåtelsedirektivet. Oklara övergångssituationer i samband med outsourcing kommer särskilt att beröras och avsikten är att genom ett praktiskt användarperspektiv utreda och analysera hur verksamhetsövergångar i dessa fall strategiskt bör hanteras.

Utgångspunkten för uppsatsen är överlåtelsedirektivets bestämmelser och implementeringen av dessa i den svenska rättsordningen, främst i LAS och MBL.

För att uppnå syftet med uppsatsen blir följande frågor aktuella:

- När är skyddsregleringen rörande anställningen vid verksamhetsövergång tillämplig?
- Vilka blir de rättsliga konsekvenserna av skyddsregleringens tillämplighet?
- Hur har överlåtelsedirektivet implementerats i svensk rätt?
- Vilka kriterier skall vara uppfyllda för att outsourcing skall vara att anse som en verksamhetsövergång?

³ Källström och Malmberg, 2009, s. 279

- Hur bör parterna i praktiken agera inför outsourcing av verksamhet då de ställs inför en oklar situation och utgången i en eventuell tvist är osäker?

1.3 Avgränsningar

Med hänsyn till ovan redovisade frågeställningar och till omfattningen av denna uppsats, både vad gäller tid och utrymme, blir vissa avgränsningar nödvändiga att göra.

Uppsatsens fokus kommer, som ovan framhållits, att ligga på den specifika situationen outsourcing av verksamhet. Andra typer av verksamhetsövergångar och andra aspekter på överlåtelsedirektivet kommer således inte att närmare behandlas. Uppsatsens centrala framställning kommer dessutom att koncentreras till frågan om outsourcing av privata företag. Privatisering av offentlig verksamhet eller offentlig sektors upphandling av entreprenader behandlas därmed inte närmare.

Mycket av det som utkontakteras hamnar idag i andra länder. Antingen sker outsourcingen direkt till ett låglöneland eller lägger den svenska leverantören i sin tur ut arbetet till ett annat land.⁴ Denna uppsats kommer dock inte att beröra gränsöverskridande övergångar eller s.k. offshore. Uppsatsen kommer heller inte att beröra andra medlemsstaters implementering av överlåtelsedirektivet.

Det bör även uppmärksammas att detta är en arbetsrättslig uppsats. Konkurrensrättsliga hänseenden och regler som aktualiseras vid offentlig upphandling kommer därmed inte att beaktas, då det faller utanför ramarna för såväl arbetsrättens område som detta arbete.

1.4 Metod och material

Jag har i arbetet med denna uppsats i huvudsak tillämpat den traditionella rättsdogmatiska metoden, vilken behandlar det rättsliga normsystemet och normernas tolkning. Syftet med metoden är att tolka och systematisera gällande rätt genom tillämpning av rättskällehierarkin.⁵ Med utgångspunkt i ovan ställda frågeställningar, och för att uppnå syftet med uppsatsen, har jag således studerat och tolkat relevanta rättskällor. Jag har i den mån det varit möjligt utgått ifrån klassisk rättskällehierarki, där jag tillmätt lag störst betydelse följt av förarbeten, domstolspraxis och doktrin.⁶

Lagstiftning, såväl EG-rättslig reglering som svenska lagar och förordningar, utgör en betydande del av det rättsliga materialet inom arbetsrätten. Det arbetsrättsliga normsystemet utgörs emellertid även till stor del av rättsregler i form av domstolspraxis från främst Arbetsdomstolen och EG-domstolen,

⁴ Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 7

⁵ Peczenik, 1990, s. 131, 141 ff

⁶ Hellner, 2001, s. 25

allmänna avtalsrättsliga grundsatser, sedvänja och branschpraxis på arbetsmarknaden samt kollektivavtalsregleringar.⁷

Utgångspunkten för arbetet med denna uppsats har utgjorts av det EG-rättsliga överlåtelsedirektivet. Då det inom EG-rätten saknas förarbeten har praxis på EG-rättens område tillmätts större betydelse. Svensk lagstiftning och svenska förarbeten som berör implementeringen av överlåtelsedirektivet samt rättspraxis från Arbetsdomstolen har också till stor del använts i denna framställning. Doktrin har studerats för att skapa en större förståelse för de övriga rättskällorna. Jag har vid urvalet av doktrin varit källkritisk och försökt att i så stor utsträckning som möjligt använda mig av litteratur som är vetenskapligt erkänd.

När det gäller övergång av verksamhet är ämnet relativt utförligt behandlat i doktrin, men outsourcing av verksamhet har dock inte belysts i samma utsträckning. Mycket av det som finns skrivet om verksamhetsövergångar saknar även ett användarpraktiskt perspektiv, vilket jag har försökt att inbegripa i denna uppsats genom bl.a. samtal och diskussioner med praktiskt verksamma jurister. Det finns däremot omfattande rättspraxis som rör överlåtelsedirektivets tillämplighet vid outsourcing av verksamhet. EG-domstolen har tolkat direktivets tillämpningsområde, medan nationella domstolar har tillämpat rätten i enskilda situationer. EFTA-domstolens rättstillämpning kommer också att ingå som en del i arbetet då den till viss del kompletterar EG-domstolens avgöranden på området.

En relevant fråga i detta avseende är dock vilket rättskällevärde som bör tillmätas avgöranden från EFTA-domstolen. Artikel 234 i EG-fördraget stadgar att EG-domstolen har behörighet att med bindande verkan lämna förhandsavgörande angående frågor om tolkning av fördraget och de rättsaker som utfärdats med stöd av detta. EFTA-domstolen, vars uppgift är att lämna rådgivande yttrande i tvister som rör EES-lagstiftningen, saknar således formell behörighet att tolka EG-rättsliga spørsmål.⁸ Jag har dock, med hänsyn till att EES-rätten och EG-rätten på området är likalydande, även beaktat avgöranden från EFTA-domstolen när det gäller tolkning av den materiella EG-rätten.

När det gäller kapitel fyra, vilket är avsett att ge en introduktion och bakgrund till outsourcing som företeelse, skall påpekas att jag ägnat mig åt beskrivande litteraturstudier. Jag har utgått ifrån vetenskapliga böcker och skrifter för att finna lämpligt vetenskapligt material.

1.5 Disposition

Uppsatsen är indelad i totalt sju kapitel. Den första delen, kapitel två och tre, utgörs av en teoretisk bakgrund där överlåtelsedirektivet och den svenska regleringen behandlas. Kapitlen behandlar bl.a. vad som är att betrakta som en verksamhetsövergång, när skyddsregleringen blir tillämplig och vilka rättsliga konsekvenser som uppkommer vid tillämpning av skyddsreglerna. I kapitel tre ges även en kort beskrivning av äldre svensk rätt att jämföra med de ändringar som genomfördes i samband med Sveriges inträde i EU. Av kapitlet framgår även i

⁷ Källström och Malmberg, 2009, s. 58 ff

⁸ Meddelande 1/99, EUT 1999/C 223/04

vilka avseende de svenska reglerna sträcker sig längre än kraven som uppställs i överlåtelsedirektivet.

Kapitel fyra behandlar outsourcing av verksamhet och tanken är ge en introducerande bild av outsourcing som företeelse. Det som tas upp i kapitlet är bl.a. vad som menas med outsourcing och vad det finns för fördelar och risker med att lägga ut viss del av en verksamhet på ett annat företag.

Kapitel fem berör överlåtelsedirektivets tillämplighet vid outsourcing och i detta kapitel knyts de tidigare avsnitten samman. Ett flertal relevanta rättsfall på området berörs och diskuteras. Den centrala frågan som behandlas och analyseras är om outsourcing innebär att det sker en verksamhetsövergång i överlåtelsedirektivets mening och om skyddsbestämmelserna således skall tillämpas. Även vissa särskilda aspekter av skyddsreglernas rättsverkningar i outsourcing-situationer berörs.

I kapitel sex behandlas praktiska överväganden där fokus ligger på oklara övergångssituationer i samband med outsourcing. Frågan som analyseras är hur oklarheterna bör hanteras i praktiken och vilket handlingsutrymme parterna har. Kapitlet avslutas med en uppställning av några praktiska råd.

Till sist diskuteras i kapitel 7 några särskilda aspekter av överlåtelsedirektivet som gör sig gällande vid outsourcing av verksamhet och som inte närmare har berörts i uppsatsens tidigare kapitel.

2 Överlåtelsedirektivet

2.1 Bakgrund och syfte

De svenska reglerna om verksamhetsövergångar har sitt ursprung i rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter, det s.k. *överlåtelsedirektivet*. Den bakomliggande orsaken till införandet av direktivet var att avvecklingen av handelshinder mellan medlemsstaterna och upprättandet av en gemensam marknad ledde till ökade omstruktureringar av företag och en snabb ökning av företagskoncentrationer runt om i Europa. I början av 1970-talet började arbetstagarnas situation att uppmärksammas allt mer och socialpolitiska konsekvenser tillmättes större betydelse än tidigare. Det ansågs bl.a. föreligga ett behov av att utforma bestämmelser som innebar ett extra skydd för arbetstagare. Bestämmelserna avsåg framförallt att skydda arbetstagarna mot de negativa konsekvenser som omstruktureringar på den växande gemensamma marknaden kunde medföra.⁹

Överlåtelsedirektivet från 1977 förtydligades, med anledning av EG-domstolens praxis, genom ett ändringsdirektiv 1998¹⁰. Överlåtelsedirektivet hade vid upprepade tillfällen varit föremål för prövning i EG-domstolen och inte sällan förekom tolkningssvårigheter. Begrepp som överlåtelse och arbetstagare klargjordes, det angavs uttryckligen att direktivet även omfattar offentlig verksamhet och vissa insolvenssituationer samt reglerna om skyldighet att informera och överlägga med arbetstagarrepresentanter förstärktes. 1998 års direktiv följdes sedermera 2001 av en konsoliderad och kodifierad version, direktiv 2001/23/EG, vilken dock inte medförde några förändringar i sak.¹¹ Nedan kommer det nu gällande direktivet från 2001 att åsyftas och refereras till om inget annat anges.

I huvudsak syftar överlåtelsedirektivet till att trygga kontinuiteten i anställningsförhållanden inom en ekonomisk enhet oberoende av om det sker ett ägarbyte.¹² Av direktivets rubrik och ingress framgår att det skall skapas ett skydd för arbetstagarna vid byte av arbetsgivare till följd av förändringar i företagsstrukturerna genom överlåtelse av verksamhet, på såväl nationell som gemenskapsrättslig nivå. För att säkerställa att arbetstagarnas rättigheter skyddas skall arbetstagarna enligt direktivet ges möjlighet att behålla sitt arbete hos den nya arbetsgivaren på samma villkor som gällde i förhållande till den tidigare.¹³ Bakom direktivet ligger emellertid även konkurrensaspekter. Direktivet har sin rättsliga grund i artikel 94 i EG-fördraget (tidigare artikel 100) där det föreskrivs att ministerrådet skall utfärda direktiv som direkt inverkar på den gemensamma marknadens upprättande och funktion. Det skall således inte vara möjligt för

⁹ Mulder, 2004, s. 115, 118 f; Blanpain och Nyström, 1994, s. 178

¹⁰ Direktiv 98/50/EG om ändring av direktiv 77/187/EEG

¹¹ Mulder, 2004, s. 160 f; Nyström, 2002, s. 256

¹² Lunning och Toijer, 2006, s. 270

¹³ Mulder, 2004, s. 115; Blanpain och Nyström, 1994, s. 183

arbetsgivare att erhålla några konkurrensfördelar genom att försumma arbetstagarnas krav på ett grundläggande anställningsskydd. Syftet att skydda arbetstagarna vid byte av arbetsgivare har dock satt större spår i rättstillämpningen än de mer renodlade konkurrensmässiga övervägandena.¹⁴ Det bör framhållas att avsikten inte var att skapa en gemensam skyddsnivå, utan endast att minska skillnaderna mellan medlemsländernas anställningsskydd i övergångssituationer och på så vis åstadkomma en ”partiell harmonisering”.¹⁵

2.2 Begreppet verksamhetsövergång

Överlåtelsedirektivet skall tillämpas när ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet inom EG-fördragets räckvidd övergår till en annan arbetsgivare genom en lagenlig överlåtelse eller fusion.¹⁶ Med begreppet verksamhetsöverlåtelse avses enligt direktivet:

”... överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet”.¹⁷

2.2.1 Lagenlig överlåtelse eller fusion

Med begreppen lagenlig överlåtelse och fusion åsyftas formen för en överlåtelse. Begreppet lagenlig överlåtelse definieras dock inte närmare i direktivet men innebörden har i ett flertal fall varit uppe till prövning i EG-domstolen. I målet *P. Bork International* konstaterade domstolen att direktivet skall tillämpas:

”... wherever, in the context of contractual relations, there is a change in the legal or natural person who is responsible for carrying on the business and who incurs the obligations of an employer towards employees of the undertaking”.¹⁸

En lagenlig överlåtelse förutsätter följaktligen en övergång av verksamhet som medför byte av arbetsgivare. Att större delen av aktieinnehavet i ett bolag byter ägare eller att aktiemajoriteten ändras innebär därmed inte att det sker en lagenlig överlåtelse av verksamhet. Aktie- och andelsöverlåtelser förändrar inte det juridiska förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare.¹⁹ Direktivets tillämpning förutsätter också att det är fråga om övergång av verksamhet mellan två olika rättssubjekt. Enligt *Allen*-målet²⁰ skall direktivet tillämpas även vid övergång mellan två bolag tillhörande samma koncern, till och med om bolagen har samma ledning, ägare, lokaler och arbetsuppgifter. Överlåtelsedirektivet är

¹⁴ Lunning och Toijer, 2006, s. 271

¹⁵ Se mål 105/84 *Danmols Inventar*, p. 26

¹⁶ Överlåtelsedirektivet art. 1.1 a och 1.2

¹⁷ Överlåtelsedirektivet art. 1.1 b

¹⁸ Mål 101/87 *P. Bork International* p. 13

¹⁹ Källström och Malmberg, 2009, s. 280

²⁰ Mål C-234/98 *Allen m.fl.*

dock inte tillämpligt då verksamhet förs över från en avdelning till en annan inom ett och samma bolag eller när omplaceringar sker inom ett företag.²¹

Övergången skall vidare äga rum i en avtalsenlig kontext och ha sin grund i ett avtal, ett administrativt beslut, en rättsakt eller ett domstolsbeslut.²² Det krävs dock inte att den tidigare arbetsgivaren och den som överför verksamheten är samma person och inte heller att det föreligger ett avtalsförhållande mellan den som överför verksamheten och den tidigare arbetsgivaren. Det som är avgörande för om en lagenlig överlåtelse är för handen är om det har skett ett arbetsgivarbyte inom den avtalsenliga kontexten.²³

För att överlåtelsedirektivet skall äga tillämpning ställs det inte heller krav på ett direkt rättsligt samband mellan överlåtaren och förvärvaren. EG-domstolens har i *Daddys's Dance Hall*-målet²⁴ fastställt att begreppet lagenlig överlåtelse kan omfatta en övergång som sker i två eller flera led. En övergång kan således äga rum genom att en tredje man, t.ex. en ägare eller hyresvärd, tilldelar två företag efter varandra kontrakt att bedriva viss typ av verksamhet. Förutom traditionella köpeavtal kan en lagenlig överlåtelse grundas på allehanda övergångar. Det ställs inte krav på överrensstämmande viljeförklaringar, enligt svensk avtalsrättslig modell, utan begreppet omfattar även situationer då t.ex. verksamhet återgår till tidigare ägare till följd av hävning på grund av kontraktsbrott. Någon form av förbindelse som grundas på avtal måste dock finnas mellan den sida på vilken den tidigare arbetsgivaren återfinns och den sida på vilken förvärvaren befinner sig.²⁵

En överlåtelse i direktivets mening kan, som ovan anförts, även ske genom fusion. Överlåtelsedirektivet innehåller ingen definition av fusionsbegreppet och det har heller inte närmare bestämts i EG-domstolens praxis beträffande direktivet. För tolkning av begreppet fusion får således ledning hämtas från bolagsrätten och det tredje bolagsdirektivet.^{26 27}

2.2.2 Ekonomisk enhet och bibehållen identitet

Föremålet för en verksamhetsöverlåtelse skall kunna beskrivas som en ekonomisk enhet. Av definitionen i överlåtelsedirektivet och EG-domstolens praxis framgår att begreppet åsyftar en organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet vilken eftersträvar ett särskilt syfte.²⁸ Det behöver inte vara fråga om en övergång av en hel verksamhet utan även övergång av särskilda funktioner inom ett företag kan utgöra en ekonomisk enhet, under förutsättning att denna är klart urskiljbar. En övergång av en driftsenhet eller del av en driftsenhet kan därmed omfattas av direktivet. För att överlåtelsedirektivet skall tillämpas krävs dessutom att den ekonomiska enheten bevarar sin identitet. I princip skall det vara fråga om samma verksamhet, i ett ekonomiskt perspektiv, såväl före som

²¹ Lunning och Toijer, 2006, s. 271

²² Nyström, 2002, s. 258

²³ Mulder, 2004, s. 214

²⁴ Mål 324/86 *Daddy's Dance Hall*

²⁵ Mulder, 2004, s. 213 ff; Källström och Malmberg, 2009, s. 281; Nyström, 2002, s. 258

²⁶ Direktiv 78/855/EEG

²⁷ Mulder, 2004, s. 221 ff

²⁸ Källström och Malmberg, 2009, s. 281; Mulder, 2004, s. 177

efter övergången. Den överlåtna delen skall kunna beskrivas som ”a going concern” och förvärvaren skall varaktigt kunna driva verksamheten, eller en del av verksamheten, vidare.²⁹

Mot bakgrund av det övergripande syftet att skydda arbetstagarna har EG-domstolen givit begreppet verksamhetsövergång en vidsträckt tolkning.³⁰ Enligt domstolens praxis skall en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet göras för att avgöra om den del som överförts uppfyller kravet på ekonomisk enhet och om verksamhetens identitet är bevarad. Vid denna bedömning skall sju kriterier tillmätas särskild betydelse, de s.k. *Spijkers*-kriterierna:³¹

- 1) arten av företag eller verksamhet,
- 2) om företagets materiella tillgångar (byggnader, lösöre etc.) har överlåtits,
- 3) värdet av överlåtna immateriella tillgångar (good-will, varumärken etc.) vid överlåtelse tidpunkten,
- 4) om förvärvaren har tagit över största delen av arbetsstyrkan,
- 5) om förvärvaren har tagit över kundkretsen,
- 6) graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen, samt
- 7) i förekommande fall den tidsperiod under vilken verksamheten har legat nere.

Hur bedömningen av omständigheterna kan gå till illustreras av flertalet rättsfall från såväl EG-domstolen som Arbetsdomstolen.³² Uppräkningen i *Spijkers*-målet skall inte anses vara uttömmande utan även andra omständigheter kan tillmätas betydelse. Det krävs en samlad bedömning av samtliga omständigheter och ingen av de angivna kriterierna skall isolerat var för sig vara av avgörande betydelse.³³

Trots att EG-domstolen i ett flertal fall uttryckligen förklarat att de sju omständigheterna inte får bedömas var för sig upp kommer ofta frågan om någon eller några av omständigheterna har en särskild tyngd när verksamhetens identitet skall prövas. Utan att ge något säkert svar verkar det som att EG-domstolen fäster stor vikt vid att driften rent faktiskt har fortsatt utan avbrott eller åtminstone har återupptagits utan något längre uppehåll. Enligt domstolens praxis³⁴ kännetecknas en verksamhetsövergång vanligen av att arbetet utförs kontinuerligt utan avbrott eller förändring. Direktivet är inte tillämpligt om en verksamhet upphör och en annan, som t.ex. endast använder sig av byggnader och maskiner som tillhörde den tidigare verksamheten, uppstår. Däremot kan direktivet vara tillämpligt om

²⁹ Källström och Malmberg, 2009, s. 281; Lunning och Toijer, 2006, s. 273

³⁰ Lunning och Toijer, 2006, s. 273; Szysczak, 2000, s. 115

³¹ Se mål 24/85 *Spijkers*

³² För EG-domstolens tillämpning av kriterierna se bl.a.: mål C-48/94 *Rygaard*; mål C-392/92 *Schmidt*; mål C-234/98 *Allen m.fl.*; mål C-172/99 *Liikenne*; mål C-175/99 *Mayeur*; mål C-51/00 *Temco*. Se vidare Arbetsdomstolens bedömning i bl.a.: AD 1998 nr 44; AD 1998 nr 144; AD 1998 nr 146

³³ Mål 24/85 *Spijkers*, p. 13

³⁴ Se t.ex. mål 287/86 *Ny Mølle Kro* och mål C-234/98 *Allen m.fl.*

verksamheten läggs ner en tid efter övergången för att sedan återupptas med bevarad identitet. Ett temporärt avbrott i verksamheten utesluter därmed inte att det rör sig om en övergång i direktivets mening.³⁵

Allteftersom Spijkers-kriterierna har tillämpats har EG-domstolen konstaterat att det dels kan bli fråga om att vikta kriterierna mot varandra, dels att den vikt kriterierna skall tillmätas kan variera. Kriteriernas inbördes vikt beror bl.a. på verksamhetens art men även företagets produktions- och driftsmetoder.³⁶ Generellt kan domstolen sägas ha gjort en indelning mellan verksamheter som i huvudsak baseras på arbetskraft och verksamheter som är beroende av stora materiella tillgångar. När det gäller den första kategorin är verksamhetens identitet till stor del kopplad till personalstyrkan. Vid en bedömning om det har skett en övergång som omfattas av direktivet är det av särskild betydelse om förvärvaren övertagit en huvuddel av personalen, både vad gäller antal och kompetens. Identitetsbedömningen beträffande verksamheter som hör till den andra kategorin beror däremot först och främst på i vilken utsträckning materiella tillgångar har överlåtits.³⁷

Av *Rygaard*-målet³⁸ framgår emellertid att en övergång av arbetsuppgifter är av mindre betydelse och genom avgörandet i *Süzen*³⁹ har EG-domstolen fastslagit att identiteten mellan aktiviteten före och efter en övergång inte ensam är en tillräcklig omständighet för att bedöma om direktivet skall tillämpas. Aktiviteten, dvs. arbetsuppgifterna, kan inte i sig utgöra en enhet. För överlåtelsedirektivets tillämplighet är det inte tillräckligt, eller ens nödvändigt, att arbetsuppgifterna övergår. Uttrycket verksamhet syftar snarare till en övergång av affärsrörelse och viktigare är därmed om produktionsresurserna, t.ex. lokaler och maskiner, övergår i större eller mindre utsträckning. Samma sak gäller i vad mån arbetsledning och arbetsstyrka samt affärskontrakt och kundrelationer tas över. Avgörandet måste dock, som tidigare framhållits, alltid grundas på en helhetsbedömning.⁴⁰

För att falla inom överlåtelsedirektivets räckvidd måste verksamheten även innefatta ekonomisk aktivitet, vilket har givits en vid tolkning. Verksamheten behöver inte vara vinstinriktad eller innehålla något ekonomiskt risktagande. Avgörande är att verksamheten utövas mot ersättning.⁴¹ Genom ändringsdirektivet 1998 klargjordes att bestämmelserna skall tillämpas på såväl privata som offentliga företag. Myndighetsutövande funktioner är emellertid undantagna från direktivets tillämpningsområde eftersom det då inte är fråga om någon ekonomisk aktivitet.⁴²

³⁵ Lunning och Toijer, 2006, s. 275; Nyström, 2002, s. 259

³⁶ Mulder, 2004, s. 155; Lunning och Toijer, 2006, s. 276 f. För EG-domstolens bedömning se t.ex. förenade målen C-171 och C-172/94 *Merckx och Neuhuys*; mål C-172/99 *Liikenne*; mål C-51/00 *Temco* och mål C-340/01 *Abler*

³⁷ Lunning och Toijer, 2006, s. 276

³⁸ Mål C-48/94 *Rygaard*

³⁹ Mål C-13/95 *Süzen*

⁴⁰ Lunning och Toijer, 2006, s. 277; Mulder, 2004, s. 156, 191 f

⁴¹ Nyström, 2001, *Festskrift till Hans Stark*, s. 266

⁴² Nyström, 2002, s. 265 f. Se även överlåtelsedirektivet art. 1.1. c

2.3 Arbetstagarbegreppet

När det gäller överlåtelsedirektivets tillämpningsområde är det även relevant att beröra vilka arbetstagare som omfattas av bestämmelserna i direktivet. I artikel 2.1 d framgår att med arbetstagare avses:

”... varje person som i den berörda medlemsstaten åtnjuter skydd som arbets-tagare enligt den nationella lagstiftningen rörande anställningsförhållandet”.

Med hänvisning till att direktivet enbart syftar till partiell harmonisering har någon gemensam definition av begreppet arbetstagare inte ansetts erforderlig. Arbetstagarbegreppet som sådant definieras istället enligt de nationella reglerna i varje enskilt medlemsland.⁴³ I svensk arbetsrätt saknas ett enhetligt arbetstagarbegrepp. Reglernas karaktär av anställningsskydd medför dock att det arbetstagarbegrepp som är utformat i 1 § LAS skall tillämpas vid fastställande av om en person skall anses omfattas av överlåtelsedirektivet eller inte.⁴⁴

Alla arbetstagare, som är sysselsatta i den verksamhet eller den del av verksamheten som överläts, skall erhålla det skydd som uppställs i direktivet. Det gäller således även för de som har tidsbegränsade anställningsavtal och för de som arbetar deltid.⁴⁵ I målet *Botzen*⁴⁶ klargjorde EG-domstolen att direktivet saknar tillämplighet på arbetstagare som inte tillhör den överlåtna delen av verksamheten, även om arbetstagarna i fråga utför visst arbete där. För att kunna ta del av de rättigheter som följer av överlåtelsedirektivet krävs det således att arbetstagaren i huvudsak utför sina arbetsuppgifter i den del av verksamheten som är föremål för transaktionen. Det bör även påpekas att de arbetstagare som stannar kvar hos överlåtaren efter en verksamhetsövergång samtidigt som andra arbetstagare övergår till den nya arbetsgivaren inte omfattas av direktivets bestämmelser.⁴⁷

2.4 Anställningsskydd vid övergång av verksamhet

En av överlåtelsedirektivets mest centrala bestämmelse är att samtliga rättigheter och skyldigheter som överlåtaren har gentemot arbetstagarna automatiskt övergår till förvärvaren, den nye arbetsgivaren. Regeln följer av artikel 3.1 där det framgår att:

”Överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen skall till följd av en sådan överlåtelse övergå på förvärvaren.”

⁴³ Blanpain och Engels, 1998, s. 338

⁴⁴ Mulder, 2004, s. 125 f

⁴⁵ KOM(2007) 334 slutlig, s. 3

⁴⁶ Mål 186/83 *Botzen*

⁴⁷ Lunning och Toijer, 2006, s. 271

Syftet bakom regeln, som grundas på substitutionsmodellen, är att förvärvaren skall träda i överlåtarens ställe i förhållande till dennes arbetstagare. EG-domstolen har uttryckt principen om automatisk övergång som:

”... the transferee stands in the shoes of the transferor”.⁴⁸

Överlåtarens rättigheter och skyldigheter skall därmed, som en direkt följd av överlåtelsen, överföras till förvärvaren.⁴⁹ Det är således inte någonting som skall beslutas av överlåtare och förvärvare gemensamt eller som berörda arbetstagare skall lämna sitt samtycke till. I princip befrias således överlåtaren från sitt ansvar som arbetsgivare i och med överlåtelsen. Medlemsstaterna har dock möjlighet att föreskriva att överlåtaren och förvärvaren solidariskt skall ansvara för förpliktelser som har uppkommit före tidpunkten för överlåtelsen på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande. Det bör dock framhållas att arbetstagarna har rätt att avstå från att fortsätta sin anställning hos förvärvaren.⁵⁰

I artikel 3.3 framgår vidare att förvärvaren efter en övergång även är bunden av villkoren i löpande kollektivavtal som var gällande hos överlåtaren. Huvudregeln om automatisk övergång gäller således inte bara rättigheter och skyldigheter som följer av individuella anställningsavtal. Förvärvaren är skyldig att tillämpa kollektivavtalets villkor till dess att avtalets giltighetstid har löpt ut eller ett nytt kollektivavtal har börjat gälla. Medlemsstaterna får dock begränsa perioden under vilken förvärvaren är skyldig att tillämpa villkoren, men den får inte vara kortare än ett år. Överlåtelsedirektivet torde inte kräva att förvärvaren blir bunden av överlåtarens kollektivavtal som sådant. Vid jämförelse mellan direktivets olika språkversioner framgår att det endast är de kollektivavtalsbestämmelser som skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda arbetstagare, främst lön och anställningsvillkor, som är bindande för förvärvaren. Ingenting hindrar dock att medlemsstaterna låter hela kollektivavtalet gå över.⁵¹ Av EG-domstolens praxis framgår vidare att regeln endast gäller arbetstagare som var anställda i överlåtande bolag vid tiden för överlåtelsen.⁵²

Reglerna om automatisk övergång av rättigheter gäller dock inte undantagslöst. Artikel 3.4 a föreskriver att arbetstagarnas rätt till ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner som grundas på kompletterande pensionssystem, vilka ligger utanför medlemsstaternas nationella författningsreglerade socialförsäkringssystem, inte omfattas av huvudregeln. Undantaget gäller dock enbart under förutsättning att medlemsstaterna inte föreskriver något annat.

En annan bestämmelse av central betydelse är uppsägningsförbudet. I artikel 4.1 föreskrivs att en övergång av verksamhet inte i sig utgör skäl för uppsägning från vare sig förvärvarens eller överlåtarens sida. Hinder föreligger dock inte att uppsägningar sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl och som innefattar förändringar i arbetsstyrkan, dvs. uppsägningar som sker oberoende av övergången. Förbudet innebär en inskränkning i såväl överlåtarens som förvärvarens möjligheter att vidta uppsägningar som grundas på andra skäl än de

⁴⁸ Mål 324/86 *Daddy's Dance Hall*, p. 13

⁴⁹ Källström och Malmberg, 2009, s. 283

⁵⁰ Överlåtelsedirektivet art. 3.1 2 st; KOM(2007) 334 slutlig, s. 5

⁵¹ Prop. 1994/95:102, s. 53

⁵² Mål 287/86 *Ny Mølle Kro*, p. 25

som är tillåtna enligt direktivet. Uppsägningsförbudet knyter således an till arbetsgivarens uppsägningsskäl och inte till den tidpunkt då uppsägningen äger rum. Tidpunkten kan dock vara av betydelse som bevisning för vad som utgör uppsägningsskäl. Uttrycket ”övergången i sig” torde i direktivets mening närmast avse uppsägningar som sker på grund av själva arbetsgivarbytet. En verksamhetsövergång innebär i de flesta fall förändringar av ekonomisk, teknisk eller organisatorisk natur och uppsägningsförbudets tillämpningsområde är därmed av allt att döma att betrakta som snävt.⁵³

Överlåtelsedirektivet har genom dessa bestämmelser till syfte att såvitt möjligt utvidga och säkerställa det skydd som arbetstagarna besitter enligt nationella regler till att även gälla i överlåtelssituationer. Avsikten är inte att utöka anställningsskyddet. Tanken är att anställningsförhållandet skall upprätthållas av förvärvaren utan ändringar, för att förhindra att arbetstagare som berörs av en övergång skall hamna i ett mindre förmånligt läge enbart på grund av övergången. Anställningsförhållandet skall således vara detsamma även efter en övergång och de rättigheter och skyldigheter som parterna kunde göra gällande innan en övergång skall i motsvarande mån kunna åberopas efteråt.⁵⁴ Från dessa regler görs dock ett viktigt undantag i artikel 5.1. Under förutsättning att inte medlemsstaterna föreskriver något annat skall bestämmelserna i artiklarna 3 och 4 inte tillämpas på verksamhetsövergångar när överlåtaren är föremål för konkurs- eller motsvarande insolvensförfarande, som inletts i syfte att likvidera överlåtarens tillgångar och som står under tillsyn av behörig offentlig myndighet.

Det bör slutligen framhållas att överlåtelsedirektivet är utformat som ett tvingande minimidirektiv till arbetstagarnas fördel. Medlemsstaterna får därmed tillämpa och införa bestämmelser som är gynnsammare för arbetstagarna.⁵⁵

2.5 Information och samråd

Överlåtelsedirektivet innehåller inte enbart regler till skydd för arbetstagarnas anställningsförhållande och de anställningsvillkor som var gällande hos överlåtaren. Regler om information och samråd återfinns i överlåtelsedirektivets artikel 7 som föreskriver att såväl överlåtare som förvärvare i god tid skall lämna information till arbetstagarnas representanter och överlägga med dem i frågor som rör en verksamhetsövergång. Informationen skall avse tidpunkt eller föreslagen tidpunkt för överlåtelsen, de bakomliggande skälen, de juridiska, ekonomiska och sociala följder som överlåtelsen får för arbetstagarna samt planerade åtgärder i förhållande till arbetstagarna.⁵⁶

Direktivet garanterar dock inte att arbetstagarnas fackliga representanter i en överlåten verksamhet får behålla sina uppdrag efter en övergång. I artikel 6 framgår att arbetstagarrepresentanternas ställning och funktion skall bibehållas för de fall den aktuella verksamheten efter en övergång behåller sin självständighet. Detta gäller dock inte om nödvändiga förutsättningar för en förnyad utnämning av

⁵³ Källström och Malmberg, 2009, s. 284

⁵⁴ Mål 105/84 *Danmols Inventar*, p. 27. Se även mål 324/86 *Daddy's Dance Hall*

⁵⁵ Överlåtelsedirektivet art. 8

⁵⁶ Lunning och Toijer, 2006, s. 287; Nyström, 2002, s. 275; Szyszczak, 2000, s. 120

arbetstagarrepresentanterna eller för att på nytt inrätta en representation för arbetstagarna är uppfyllda enligt nationell rätt. Om representanternas uppdrag upphör till följd av en verksamhetsövergång skall de alltjämt ha det skydd som de erhåller enligt nationell rätt.⁵⁷

⁵⁷ Lunning och Toijer, 2006, s. 287; Nyström, 2002, s. 274 f

3 Den svenska regleringen

3.1 Äldre svensk rätt

Enligt äldre svensk rätt fanns ingen allmän reglering av verksamhetsövergångar och dess inverkan på anställningsskyddet. För att tillvarata arbetstagarnas rättigheter vid övergång av verksamhet tillämpades dels 25 § LAS om företrädesrätt till anställning och dels 3 § LAS om arbetstagares möjlighet att tillgodoräkna sig anställningstid hos tidigare arbetsgivare. Vissa relevanta bestämmelser återfanns även i bl.a. semesterlagen, studieledighetslagen och föräldraledighetslagen.⁵⁸

Eftersom det saknades regler kring anställningsskydd vid övergång av verksamhet tillämpades allmänna avtalsrättsliga regler om partsbyte. Arbetsgivaren, gäldenären, kunde inte utan samtycke av arbetstagaren, borgenären, frigöra sig från sina förpliktelser genom att överföra dem till någon annan som kanske hade sämre betalningsförmåga. Det var alltså inte möjligt för någon som var förpliktad enligt ett anställningsavtal att ensidigt överflytta sin partsställning och de rättigheter och skyldigheter som följer av den.⁵⁹ Före lagändringarna som genomfördes 1995 krävdes dessutom ett direkt rättsligt samband mellan överlåtare och förvärvare för att det skulle vara fråga om en verksamhetsövergång.⁶⁰

Enligt det äldre rättsläget medgav LAS arbetsgivarna rätt att säga upp de anställda i samband med en verksamhetsövergång. Uppsägningarna kunde grundas på den arbetsbrist som uppstod hos överlåtaren och det stod förvärvaren i princip fritt att bestämma om personalen även fortsättningsvis skulle utnyttjas i verksamheten. Det fanns således ingenting som hindrade förvärvaren från att istället anställa egen personal, lägga ut verksamheten på entreprenad eller hyra in arbetskraft. Arbetstagare som sagts upp i samband med övergång av verksamhet erhöll dock företrädesrätt till återanställning hos förvärvaren. Företrädesrätten begränsades emellertid till att endast omfatta arbetstagare med tillräckligt lång anställningstid samt till det kollektivavtalsområde och den driftsenhet där arbetstagaren arbetade när anställningen upphörde. De arbetstagare som dock bytte arbetsgivare i samband med en verksamhetsövergång gavs rätt att i vissa situationer tillgodoräkna sig anställningstiden hos den tidigare arbetsgivaren.⁶¹

Eftersom de äldre reglerna inte innebar automatisk partsväxling fordrades nya individuella anställningsavtal mellan förvärvaren och de arbetstagare som följde med vid en övergång. Arbetstagarna kunde dock efter en övergång fortsätta arbeta i verksamheten varmed ett nytt anställningskontrakt ofta ansågs ingått genom konkludent handlande. För förvärvare, som övertog personal som tidigare varit anställda hos överlåtaren, inträdde kollektivavtalsbundenhet enbart i kraft av medlemskap i arbetsgivarorganisation. Tillhörde förvärvaren och överlåtaren samma organisation eller om de var bundna av samma kollektivavtal blev avtalet

⁵⁸ Mulder, 2004, s. 128

⁵⁹ Mulder, 2004, s. 128 f; prop. 1994/95:102, s. 39

⁶⁰ Preuss, 1993, s. 14. Se även bl.a. AD 1976 nr 18, AD 1978 nr 153 och AD 1984 nr 14

⁶¹ Mulder, 2004, s. 129 f; Eklund, 1983, s. 134, 174

automatiskt gällande även i fortsättningen. Om förvärvaren var bunden av ett annat kollektivavtal övergick endast de delar av avtalet som inte omfattades av förvärvarens kollektivavtal.⁶²

3.2 Implementeringen av överlåtelsedirektivet

Redan genom EES-avtalets ikraftträdande den 1 januari 1994 var Sverige förpliktad att införliva överlåtelsedirektivet i svensk lagstiftning. I den s.k. EES-propositionen⁶³ uttalades att de svenska reglerna redan uppfyllde de krav som ställdes i direktivet och några lagändringar företogs inte. En mer ingående granskning visade dock tydligt att de berörda bestämmelserna i LAS, MBL och främjandelagen⁶⁴ inte alls motsvarade direktivets regler. Sverige anmälades under våren 1994 till EFTA:s övervakningsorgan och i en skrivelse till regeringen gjordes flera anmärkningar på det svenska regelsystemet. Ett särskilt betänkande⁶⁵ lades därefter fram i juni 1994, som sedermera kom att ligga till grund för de lagändringar⁶⁶ som genomfördes per den 1 januari 1995 inför Sveriges medlemskap i EU.⁶⁷

Implementeringen av överlåtelsedirektivet föranledde flera viktiga ändringar i svensk rätt. Först och främst innebar överlåtelsedirektivets karaktär av minimilagstiftning att de svenska reglerna försågs med EG-spärr, se 2 § LAS och 4 § MBL. Kollektivavtal som avviker från lagens regler får således inte innehålla bestämmelser som är mindre förmånliga för arbetstagarna än de EG-rättsliga reglerna.⁶⁸

3.2.1 Anställningsskydd och skydd för anställningsvillkor

När det gäller de materiella reglerna utgör 6 b § LAS, som i princip motsvarar överlåtelsedirektivet artiklarna 3.1 och 3.4 samt artikel 5.1, den mest centrala bestämmelsen. Bestämmelsen stadgar att rättigheter och skyldigheter som grundas på de anställningsavtal och anställningsförhållanden som var gällande vid tidpunkten för en verksamhetsövergång skall övergå på den nya arbetsgivaren. Den tidigare arbetsgivaren är dock solidariskt ansvarig gentemot arbetstagaren för eventuella ekonomiska förpliktelser som är hänförliga till tiden före övergången. Till skillnad från vad som gällde enligt äldre svensk rätt sker alltså numera som huvudregel en automatisk partsväxling när en verksamhet, eller del av en verksamhet, övergår till ny arbetsgivare. Arbetstagarna följer således med till förvärvaren, utan att någon uppsägning av anställningen behöver ske.⁶⁹ Om en arbetstagare som varit anställd hos överlåtaren inte erbjuds fortsatt anställning hos

⁶² Mulder, 2004, s. 129 ff

⁶³ Prop. 1991/92:170

⁶⁴ Lag (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder

⁶⁵ SOU 1994:83

⁶⁶ SFS 1994:1685 och SFS 1994:1686

⁶⁷ Mulder, 2004, s. 126; Nyström, 2002, s. 289 ff; Glavå, 2001, s. 371 f

⁶⁸ Nyström, 2002, s. 294

⁶⁹ Källström och Malmberg, 2009, s. 283

den nya arbetsgivaren anses det som att förvärvaren sagt upp eller avskedat arbetstagaren.⁷⁰

I detta sammanhang bör framhållas att anställningsvillkor huvudsakligen regleras genom lag, kollektivavtal eller individuella anställningsavtal. Förmåner kan emellertid även var ensidigt reglerade, vilket innebär att de utgår till arbetstagaren utan något krav på motprestation. Exempel på ensidigt reglerade förmåner är friskvård, tjänstbil och subventionerade luncher. Ur ett rättsföljdshänseende karaktäriseras dessa av att arbetsgivaren inte är skyldig att utge förmånen och att arbetstagaren följaktligen inte heller kan utkräva förmånen genom ett rättsligt anspråk.⁷¹ Av bestämmelsen i 6 b § LAS följer att det endast är rättigheter och skyldigheter till följd av anställningsavtal och anställningsförhållanden som vid en verksamhetsövergång skall övergå på förvärvaren. Ensidigt reglerade villkor blir således som regel inte föremål för någon övergång och arbetstagaren kan inte göra gällande en sådan förmån gentemot förvärvaren.

För berörda arbetstagare står det dock fritt att välja om de vill fortsätta sin anställning med förvärvaren som arbetsgivare. Om en arbetstagare motsätter sig en övergång skall anställningsavtalet och anställningsförhållandet inte övergå till den nya arbetsgivaren.⁷² Huruvida det är förmånligt att följa med till förvärvaren eller stanna kvar hos den gamla arbetsgivaren får bedömas efter omständigheterna i varje enskilt fall. Om överlåtaren är en stor arbetsgivare med goda omplaceringsmöjligheter kan det vara en fördel för arbetstagare att stanna kvar hos överlåtaren och låta eventuell övertalighet hanteras där, i enlighet med reglerna om arbetsbrist.⁷³ Det bör härvid noteras att överlåtaren inte kan fullgöra sin omplaceringsskyldighet genom att erbjuda arbete hos förvärvaren. En arbetstagare har förstås även rätt att lämna sin anställning i samband med en verksamhetsövergång, för de fall han eller hon så önskar. Anställningsförhållandet upphör därmed efter vederbörlig uppsägningstid.⁷⁴

Verksamhetsövergångar som sker i samband med konkurs omfattas däremot inte av bestämmelsen. Likaså undantas arbetstagarnas ålders-, invaliditets-, och efterlevandeförmåner som upparbetats hos den tidigare arbetsgivaren från principen om automatisk övergång.⁷⁵ Huvudregeln skall dock tillämpas även beträffande arbetstagare i allmän tjänst, utan undantag, och på sjögående fartyg. De svenska reglerna sträcker sig således i detta avseende längre än de krav som uppställs i överlåtelsedirektivet och EG-domstolens praxis.⁷⁶

Genom lagändringarna vid införlivandet av överlåtelsedirektivet tillfördes också ett nytt tredje stycke i 7 § LAS, motsvarande överlåtelsedirektivets artikel 4.1, som föreskriver att vid en verksamhetsövergång inte utgör saklig grund för uppsägning. Undantag från uppsägningsförbudet görs dock, i likhet med direktivet, för uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller

⁷⁰ Se AD 2002 nr 63

⁷¹ Malmberg, 1997, s. 293 f

⁷² 6 b § 4 st LAS

⁷³ Nyström, 2002, s. 292; Glavå, 2001, s. 372

⁷⁴ Iseskog, 2003, s. 10

⁷⁵ 6 b § 2 och 3 st LAS

⁷⁶ Jfr. överlåtelsedirektivet art. 1.1 c och 1.3

organisatoriska skäl där förändringar av arbetsstyrkan ingår. Det avgörande är om uppsägningarna skulle ha vidtagits oavsett övergången. Regeln i 7 § 3 st. bidrar således till att förstärka rättsverkan av bestämmelsen i 6 b § LAS och till att ytterligare skapa skydd för arbetstagarna.⁷⁷ I propositionen till implementeringen av överlåtelsedirektivet framgår att överlåtaren bör ha rätt att säga upp arbetstagare på grund av arbetsbrist i den överlåtna verksamheten så länge beslut om övergång av verksamhet inte har fattats.⁷⁸ Till skillnad från EG-domstolens praxis knyter den svenska regeln inte an till arbetsgivarens uppsägningsskäl, utan till en viss tidpunkt. Uttalandet i propositionen, vilket även har godtagits av Arbetsdomstolen⁷⁹, utgör således en utvidgning av överlåtelsedirektivets uppsägningsförbud.⁸⁰ När däremot övertaligheten uppstår på grund av överlåtelsen, dvs. är en följd av övergången och förvärvarens önskemål, och således inte är hänförlig till arbetsbrist i den överlåtna verksamheten gör regeringen i propositionen en annan bedömning. Överlåtaren har i en sådan situation inte rätt att vidta uppsägningar, även om beslut om verksamhetsöverlåtelse inte är fattat. Överlåtaren har med andra ord inte rätt att verkställa uppsägningar för förvärvarens räkning.⁸¹ Det kan dock diskuteras vilken rättslig status som uttalandena i propositionen skall tillmätas och om inte den EG-rättsliga tolkningen av uppsägningsförbudet även skall gälla i svensk rätt.⁸²

Vidare gjordes en smärre ändring i 25 § LAS för att klargöra att då verksamhet har övergått till ny arbetsgivare gäller företrädesrätten till återanställning gentemot den nya arbetsgivaren. I 3 § LAS framgår att arbetstagare, liksom tidigare, får tillgodoräkna sig anställningstiden hos den tidigare arbetsgivaren vid beräkning av anställningstid hos den nya arbetsgivaren.⁸³

En förutsättning för att dessa regler skall bli tillämpliga är att det är fråga om en övergång av verksamhet i enlighet med överlåtelsedirektivet eller 6 b § LAS. I annat fall har arbetstagare inte rätt att följa med till förvärvaren och det sker ingen automatisk partsväxling. Ett krav på samtycke till partsväxling uppställs i de situationer som inte faller inom regelns tillämpningsområde.⁸⁴ Om de inte rör sig om en verksamhetsövergång i direktivets mening kan arbetstagare inte heller göra gällande företrädesrätten, eller tillgodoräkna sig anställningstid hos den tidigare arbetsgivaren. Förvärvaren kan dock välja att anställa arbetstagarna som tidigare arbetat hos överlåtaren. Det rör sig i så fall om ett nytt anställningsförhållande med nya anställningsvillkor. Ett nytt anställningsförhållande kan även i vissa fall uppkomma konkludent genom att förvärvaren tar arbetstagarnas arbete i anspråk.⁸⁵

⁷⁷ Nyström, 2002, s. 292; Glavå, 2001, s. 372

⁷⁸ Prop. 1994/95:102, s. 44

⁷⁹ Se AD 1999 nr 21

⁸⁰ Källström och Malmberg, 2009, s. 284 f

⁸¹ Prop. 1994/95:102, s. 45; Nyström, 2002, s. 293

⁸² Jfr. Nordström, 2001, *Festskrift till Hans Stark*, s. 203

⁸³ Nyström, 2002, s. 293; Glavå, 2001, s. 372

⁸⁴ Mulder, 2004, s. 287

⁸⁵ Källström och Malmberg, 2009, s. 284. Se även AD 1998 nr 146

3.2.2 Övergång av kollektivavtal och förhandlingsskyldighet

Som ett led i implementeringsprocessen infördes även ändringar i MBL. Bestämmelser om övergång av kollektivavtal, som motsvarar direktivets artikel 3.3, genomfördes i 28 § MBL. Överlåtarens kollektivavtal skall i tillämpliga delar gälla för den nya arbetsgivaren efter en övergång, i den mån den nya arbetsgivaren inte redan är bunden av ett annat kollektivavtal som kan tillämpas på de arbetstagare som följer med. Kollektivavtalet blir inte heller tillämpligt om avtalet sägs upp på grund av övergången, enligt bestämmelserna i andra stycket, av antingen arbetstagarparten eller överlåtaren.⁸⁶

I två avseende sträcker sig den svenska bestämmelsen längre än vad överlåtelsedirektivet kräver. Bundenheten omfattar i princip alla bestämmelser i kollektivavtalet, såväl regler som skapar rättigheter och skyldigheter för arbetstagare som regler vilka enbart gäller i förhållande till arbetstagarorganisationerna. Förvärvaren blir således bunden på samma sätt som om denne själv tecknat avtalet. Vidare omfattar bestämmelsen även arbetstagare som anställs efter övergången.⁸⁷ Trots undantaget i 6 b § 3 st. LAS övergår även ansvar för pensionsförmåner enligt kollektivavtal på förvärvaren eftersom 28 § MBL inte innehåller något undantag därom.⁸⁸

För de fall förvärvaren är bunden av annat kollektivavtal eller om kollektivavtalet har sagts upp enligt 28 § 2 st. MBL är förvärvaren ändå skyldig att under ett år från övergången tillämpa anställningsvillkoren i det kollektivavtal som var gällande hos överlåtaren.⁸⁹ Undantag görs om det övertagna kollektivavtalets giltighetstid löpt ut eller ett nytt kollektivavtal har börjat gälla för de berörda arbetstagarna. Det bör observeras att denna bestämmelse följaktligen enbart blir aktuell i de fall kollektivavtal inte blir gällande till följd av huvudregeln i första stycket.⁹⁰

I 13 § 2 st. MBL infördes vidare en regel om förstärkt förhandlingsskyldighet gentemot icke avtalsslutande organisation. Inför en övergång av verksamhet är arbetsgivare som inte är bunden av något kollektivavtal skyldig att, på eget initiativ i enlighet med bestämmelsen i 11 § MBL, förhandla med alla berörda arbetstagarorganisationer.⁹¹

⁸⁶ Nyström, 2002, s. 293; prop. 1994/95:102, s. 53

⁸⁷ Källström och Malmberg, 2009, s. 286

⁸⁸ Adlercreutz och Mulder, 2007, s. 201

⁸⁹ 28 § 3 st MBL

⁹⁰ Källström och Malmberg, 2009, s. 287 f; AD 2008 nr 8

⁹¹ Nyström, 2002, s. 293; Glavå, 2001, s. 372

4 Outsourcing

4.1 Vad är outsourcing?

Problematiken och avvägningen mellan tillverkning i egen regi eller köp från externa leverantörer brukar diskuteras med utgångspunkt i begreppet outsourcing, vilket kan definieras som:

”Den process som innebär att aktiviteter som bildar en funktion och som tidigare utförts internt inom företaget i och med denna förändring (outsourcingen) i stället köps från en extern leverantör.”⁹²

Sedan lång tid tillbaka har det varit en trend inom tillverkningsindustrin att lägga ut en viss del av verksamheten på en extern aktör. Det rörde sig till en början om lokala tjänster, t.ex. städning, transport och fastighetsskötsel, för att sedan övergå till att även inbegripa administrativa stödfunktioner såsom ekonomi, IT och personalhantering. Under de senaste åren har outsourcing emellertid börjat närma sig företagets kärnverksamhet.⁹³

Outsourcing är således ingen ny företeelse, men det har med tiden skett en kontinuerlig utvidgning av begreppsbestämningen. Då begreppet tidigare vanligtvis avsåg försäljning av produktionsenheter och utläggning av produktion för att öka effektiviteten, inkluderas numera även mjukare aspekter såsom specialisering, kärnkompetens och företagspolicy etc.⁹⁴ Definitionen av outsourcing är till följd därav idag mer strategiskt inriktad, än av ren produktions-ekonomisk karaktär.⁹⁵ Numera är det inte ovanligt att företag utkontrakterar allt från design, forskning och utveckling, produktion och leverans av tjänster till installation, support och underhåll på en extern aktör.⁹⁶ Uttrycket aktiviteter, i definitionen ovan, skall således ges en vidsträckt tolkning. Att aktiviteterna skall bilda en funktion innebär att det ofta är fråga om ett antal aktiviteter, men även att det inte enbart är fråga om exakt samma aktiviteter som överförs mellan aktörerna. Inte sällan sker det genom outsourcingen en viss förändring.⁹⁷

Outsourcing indelas vanligtvis i två olika typer. Integrerad (sammansatt) outsourcing innebär att ett företag lägger ut en hel funktion till en entreprenör, medan splittrad (partiell) outsourcing avser fall då endast en del av en sammansatt funktion läggs ut samtidigt som samordningen av funktionen fortsätter att skötas av det köpande företaget. Ett viktigt led i själva outsourcingprocessen, vilket ofta inte är helt enkelt, är således att avgöra vad som skall läggas ut. Vilken del av verksamheten, eller vilken funktion, är mest lämpad att utkontrakteras för att företaget skall uppnå sina målsättningar? Inför ett beslut om outsourcing måste

⁹² Axelsson, 1998, s. 188

⁹³ Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 5

⁹⁴ Wasner, 1999, s. 21

⁹⁵ Wasner, 1999, s. 22; Enarsson, 2008, s. 18

⁹⁶ Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 5

⁹⁷ Axelsson, 1998, s. 188 f

företaget identifiera sin kärnkompetens, för att på så sätt få vetskap om vad som inte skall läggas ut på en utomstående part.⁹⁸

Det bör framhållas att outsourcing vanligen avser en kombination av tillverkning eller köp av materiella komponenter och mer eller mindre omfattande tjänster. Ett tillverkande företag överlåter ofta såväl tillverkning som utveckling av vissa komponenter på en underleverantör, och ibland även viss distributiv och administrativ hantering. Inte sällan övertar också det företag som tar över de tidigare interna funktionerna även ansvaret för den personal som tidigare varit sysselsatta med aktiviteten i fråga.⁹⁹

Outsourcingprocessen kan även ske omvänt. Motsatsen till outsourcing är s.k. insourcing, vilket innebär att företag återtar funktioner som tidigare bedrivits av externa aktörer för att i fortsättning låta utföra verksamheten i egen regi.¹⁰⁰

4.2 Varför väljer företag outsourcing?

En vanlig bakomliggande orsak till att ett företag väljer att anlita ett annat företag för att utföra verksamhet som tidigare utförts i egen regi är att företaget behöver minska sina kostnader. Genom outsourcing till lågkostnadsländer eller till leverantörer som uppnår stordriftsfördelar eller fördelar genom specialisering kan verksamheten bedrivas till en lägre kostnad. En annan anledning kan vara att företaget vill höja kraven på kvalitet och kompetens. Leverantörer vars kärnverksamhet består av den verksamhet som ett annat företag vill lägga ut har större möjligheter att investera i kvalitetsutveckling och förbättrad kompetens.¹⁰¹

Den snabba teknologiska utvecklingen, minskad kontinuitet i efterfrågan och den ökade globala konkurrensen har under senare år bidragit till att företag, i större utsträckning än tidigare, väljer att lägga ut viss verksamhet på externa leverantörer. Inom de flesta organisationer råder ofta konkurrens om vilka verksamheter som skall få investera. En fördel med outsourcing är att företagets investeringar då kan fokuseras till kärnverksamheten. För att vara konkurrenskraftiga och undvika att halka efter i utvecklingen måste företag idag koncentrera sig på det som de är bra på. Outsourcing medför ett optimalt utnyttjande av kunskap, utrustning och erfarenhet. Genom att lägga ut funktioner där företaget saknar expertkunskaper kan de interna resurserna istället fokuseras på kundernas behov. Den tekniska utvecklingen har också medfört en ökning av komplexa produkter. Att själva förfoga över och ständigt utveckla ny kunskap inom tekniska kunskapsområden blir ofta alltför resurskrävande för företag. Outsourcing kan därmed vara ett alternativ till att bygga upp intern kompetens inom t.ex. nya marknader och ny teknologi.¹⁰²

⁹⁸ Axelsson, 1998, s. 189; Enarsson, 2008, s. 20

⁹⁹ Axelsson, 1998, s. 189 f

¹⁰⁰ Axelsson, 1998, s. 192

¹⁰¹ Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 15 f

¹⁰² Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 15 f; Axelsson, 1998, s. 190, 193

I dagens näringsliv ställs stora krav på företags anpassningsförmåga. Upp- och nedgångar i försäljning och produktion måste kunna hanteras på ett effektivt sätt. Genom att lägga ut viss verksamhet blir andelen rörliga kostnader större vilket ökar företagets flexibilitet, likaså kan variationer i arbetsbördan på så sätt lättare absorberas. Outsourcing har även organisatoriska fördelar då det ofta leder till enklare och mer tydliga primära processer i organisationen samt minskad risk för kortsynthet genom input från en utomstående part. Till sist bör även risk-spridningen omnämnas som en fördel. Eftersom det är outsourcingleverantören som står för investeringarna i den utlagda verksamheten minskar företaget på så sätt sin egen risk.¹⁰³

4.3 Risker med outsourcing

Syftet bakom outsourcing är således allt som oftast att minska kostnader och öka flexibiliteten samt att uppnå konkurrensfördelar genom att fokusera på kärnverksamheten. Det finns dock risker och nackdelar med outsourcing som företag noggrant bör överväga, genom upprättande av en risk- och konsekvensanalys, innan de fattar beslut om att lägga ut funktioner på ett annat företag.¹⁰⁴

Outsourcing medför till att börja med ett ökat beroende av leverantörer och ett behov av kontinuerlig uppföljning av kostnaderna relaterade till leverantören och hanteringen av relationen. Vid outsourcing finns vidare risk för att konfidentiell information läcker ut och att företagets produkter eller tjänster kopieras. Genom att lägga ut delar av verksamheten måste företaget även lämna ifrån sig en hel del information om verksamheten, vilket kan utnyttjas av leverantören för att själv kunna producera varan eller tjänsten och därmed konkurrera med företaget. Outsourcing kan även medföra förlust av kunder. När företaget lägger ut funktioner som har direkt kundkontakt är det inte ovanligt att kunder försvinner. En ökad standardisering av produkterna, vilket ofta blir nödvändigt vid outsourcing, innebär också att företaget inte längre kan anpassa sig efter kundernas behov, åtminstone inte på samma sätt som tidigare.¹⁰⁵

I förekommande fall riskerar även kommunikations- och organisationsproblem att uppstå. Om verksamheten flyttas över till en extern aktör minskar företagets kontroll och styrförmåga. Styrning och kontroll blir mer komplex, tar längre tid och kräver större resurser. Outsourcing påverkar även arbetsprocessen och arbetssättet på företaget. Utkontraktering av verksamhet medför ofta en ökad standardisering av arbetsprocessen för kvarvarande verksamhet, för att samspelet skall fungera. Vid samarbete med en extern aktör ställs även större krav på dokumentation och kommunikation.¹⁰⁶

¹⁰³ Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 15 f; Axelsson, 1998, s. 193

¹⁰⁴ Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 19

¹⁰⁵ Axelsson, 1998, s. 193; Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 19

¹⁰⁶ Axelsson, 1998, s. 193; Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 20 f

Det skall även framhållas att outsourcing kan medföra förlust av kunskap samt ökade kompetenskrav för kvarvarande personal. Kunskap som är specifik för företaget i fråga och företagsstrategisk kunskap försvinner inte sällan i samband med att arbetstagarnas kompetens går över till en extern aktör. Outsourcing-leverantören har ofta för avsikt att effektivisera verksamheten samt minska personalkostnader och har därmed inte förmåga att bevara den företagsspecifika kunskapen. Outsourcingprocessen tar ofta relativt lång tid och osäkerhet inför framtiden medför ofta att nyckelpersoner med stor kunskap försvinner från företaget. Kompetenskraven för den kvarvarande personalen förändras vidare då arbetsuppgifterna, till följd av outsourcing av vissa funktioner eller verksamheter, uppgraderas. Nya arbetsuppgifter kan också tillkomma som ställer krav på nya kunskaper. Dessutom finns risk för att vissa arbetsuppgifter exkluderas. De arbetsuppgifter som utförs innan outsourcingen kan vara mer omfattande än de som innefattas och specificeras i kontraktet. Under förflyttningen, dvs. den tid det tar att flytta över och bygga upp verksamheten i dess nya form, ökar dessutom inte sällan arbetsbelastningen för de anställda.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Rapport från SIF, *Outsourcing & Offshoring – en facklig checklista*, 2006, s. 20 f

5 Överlåtelsedirektivet och outsourcing

Hur utflyttningen av verksamhet formellt genomförs kan få stor betydelse för de anställda och deras anställningsförhållanden samt för frågan om utflyttningen är att betrakta som en övergång av verksamhet i enlighet med överlåtelsedirektivet. Viktiga frågor att först och främst ta ställning till är om verksamheten kommer att läggas över i ett hel- eller delägt dotterbolag eller till en extern leverantör, samt om leverantören kommer att ta över ett bolag genom överlåtelse av aktier.

Vad som är att betrakta som en verksamhetsövergång är inte enkelt att fastställa i praktiken, i synnerhet inte i outsourcingsituationer. Särskilt svårt kan vara att avgöra huruvida det är en övergång av verksamhet eller enbart ett övertagande av arbetsuppgifter. För att räknas som övergång av verksamhet krävs att det är fråga om ett arbetsgivarbyte och att övergången är varaktig. Verksamheten skall dessutom utgöra en bestående ekonomisk enhet (den skall vara organiserad på ett stabilt sätt) och det skall i princip vara fråga om samma verksamhet efter övergången. Vid fastställande av om det är fråga om en verksamhetsövergång eller inte kan det ha betydelse om nyckelpersoner erbjuds övergång eller inte och om materiella tillgångar, personal och kunder tas över.¹⁰⁸

5.1 Rättsfallsgenomgång

Överlåtelsedirektivet har som tidigare påpekats varit föremål för åtskilliga tolkningsavgöranden i EG-domstolen och som ett resultat av domstolens praxis är direktivet att betrakta som en av de mest kontroversiella delarna av den europeiska arbetsrätten.¹⁰⁹ De flesta avgöranden har berört frågan vad som är att anse som en övergång av verksamhet och inte sällan blir frågan om direktivets tillämplighet aktuell i outsourcing- och entreprenadsituationer. Det bör dock uppmärksammas att flera av de mål som avgjorts av EG-domstolen grundas på det ursprungliga direktivet från 1977. I det nu gällandet direktivet har begreppet verksamhetsöverlåtelse tydligare definierats, vilket kan anses till viss del förtydligat reglernas innebörd och minskat tolkningsproblemen.

Nedan kommer några av dessa rättsfall att redogöras för och kommenteras. Relevanta avgöranden från EFTA-domstolen samt Arbetsdomstolens kommer också att behandlas.

5.1.1 EG-domstolen

Mål C-209/91 - Rask och Christensen

Rask och Christensen var från början anställda av företaget Philips och arbetade i en av företagets personalmatsalar. Philips valde senare att outsourca driften av de fyra personalmatsalarna till bolaget ISS. Enligt avtalet skulle ISS ansvara för bl.a.

¹⁰⁸ Se ovan avsnitt 2.2

¹⁰⁹ Szyszczak, 2000, s. 113

planering av menyer, inköp och tillagning av mat samt administrativa funktioner. ISS skulle även överta arbetsgivaransvaret för de anställda i verksamheten med oförändrade anställningsvillkor. Som motprestation skulle Philips betala en månatlig avgift till ISS för att täcka vissa kostnader samt upplåta sina lokaler och nyttjanderätten till andra tillgångar kostnadsfritt. Tvist uppkom senare då ISS ensidigt ändrade dagen för löneutbetalning och fråga uppkom om överlåtelsedirektivets skyddsregler var tillämpliga.

Vid prövningen av om transaktionen kunde anses utgöra en lagenlig överlåtelse uttalade EG-domstolen att direktivet är tillämpligt i samtliga fall då det som ett led i ett avtalsförhållande sker ett byte av den fysiska eller juridiska personen som är ansvarig för verksamhetens drift och som därmed även innehar arbetsgivaransvaret för de anställda i verksamheten. Det saknar därvid betydelse om äganderätten till verksamheten har övergått eller inte. Den omständigheten att den överlåtna verksamheten endast är en bisyssla och inte förbunden med överlåtarens huvudverksamhet kan inte heller i sig, enligt domstolen, medföra att direktivet inte skall tillämpas.

Mål C-392/92 - Schmidt

Christel Schmidt var anställd av sparbanken i de tidigare distrikten Bordesholm, Kiel och Cronshagen för att städa lokalerna i en filial. Efter en renovering av filialen sades Schmidt upp och sparbanken överlät lokalvården till företaget Spiegelblank, som redan hade ansvaret för lokalvården i de flesta av sparbankens övriga lokaler. Spiegelblank erbjöd sig att återanställa Schmidt för en månadslön som var högre än den hon tidigare haft. Schmidt var emellertid inte beredd att arbeta på dessa villkor, eftersom hon bedömde att hennes timlön, på grund av utökningen av städytan, i själva verket skulle bli lägre.

EG-domstolen uttalade:

”Om en näringsidkare genom avtal överlåter ansvaret för en servicefunktion inom företaget, t. ex. lokalvården, till en annan näringsidkare, som till följd därav iklär sig en arbetsgivares förpliktelser i förhållande till de anställda som är knutna till denna funktion, omfattas således denna transaktion av direktivets tillämpningsområde.”¹¹⁰

Domstolen uttalade också att:

”... det förhållandet att den överlåtna verksamheten för det överlåtande företaget endast utgör en underordnad verksamhet som inte har något direkt samband med föremålet för dess verksamhet [kan] inte innebära att transaktionen faller utanför direktivets tillämpningsområde.”¹¹¹

Överlåtelsedirektivets skall således tillämpas i situationer då ett företag genom avtal till ett annat företag överlåter ansvaret för en servicefunktion som tidigare utförts i egen regi. Varken den omständigheten att överlåtelsen endast rör en underordnad verksamhet inom företaget, eller att inga materiella tillgångar överförs i samband med överlåtelsen kan utesluta en sådan transaktion från

¹¹⁰ Mål C-392/92 *Schmidt*, p.14 första meningen

¹¹¹ Mål C-392/92 *Schmidt*, p.14 andra meningen

direktivets tillämpningsområde. Det avgörande kriteriet för att fastställa om det föreligger en överlåtelse enligt direktivet är om företaget i fråga bevarat sin identitet som ekonomisk enhet. EG-domstolen fastställde vidare att överlåtelsedirektivets tillämpningsområde inte heller är beroende av det antal anställda som är knutna till den del av verksamheten som är föremål för överlåtelsen. Därmed är inte den omständigheten att arbetet i fråga före överlåtelsen utfördes av en enda anställd tillräcklig för att utesluta en tillämpning av direktivet.

Mål C-48/94 - *Rygaard*

SAS Service Partner A/S hade i egenskap av byggherre anlitat bolaget Svend Pedersen A/S, av vilket Rygaard var anställd, för uppförandet av en byggnad på Kastrups flygplats. Svend Pedersen önskade dock att Strø Mølle Akustik A/S skulle färdigställa innertaks- och snickeriarbeten. Avtal ingicks mellan SAS Service Partner och Strø Mølle Akustik som utöver själva uppdraget även övertog ett par lärlingar samt visst byggmaterial från Svend Pedersen. Rygaard sades dock upp och i enlighet med *Schmidt*-målet argumenterade han för att transaktionen skulle anses utgöra en övergång av verksamhet i överlåtelsedirektivets mening.

EG-domstolen valde emellertid att göra en annan bedömning och uttalade att en förutsättning för överlåtelsedirektivets tillämplighet är att föremålet för övergången kan anses utgöra en stabilt organiserad ekonomisk enhet, vars verksamhet inte är begränsad till utförandet av ett särskilt arbete. EG-domstolen konstaterade att den aktuella situationen endast avsåg en övergång av ett tidsbegränsat uppdrag för utförande av visst arbete.

Vidare uttalade EG-domstolen att en överlåtelse av en entreprenad till ett annat företag i syfte att entreprenaden skall färdigställas endast kan omfattas av direktivet om den åtföljs av en organisatorisk helhet av beståndsdelar som gör det möjligt att stadigvarande fortsätta överlåtarens verksamhet eller viss del av denna. Enligt domstolen ansågs sålunda direktivet inte vara tillämpligt i förevarande situation då enbart visst byggmaterial och två lärlingar kommit att övertas, förutom själva aktiviteten ifråga.

Mål C-13/95 - *Süzen*

Ayse Süzen var anställd vid städbolaget Zehnacker och hade till uppgift att städa lokaler i en gymnasieskola, inom ramen för ett avtal om städning som slutits mellan skolan och städfirman. När skolan sade upp avtalet med städfirman sade Zehnacker upp anställningsavtalet med Süzen samt sju andra anställda som också var sysselsatta med att städa på skolan. Skolan gav därefter ett annat bolag i uppdrag att städa skolans lokaler.

EG-domstolen har i *Süzen*-målet närmare preciserat överlåtelsebegreppet i entreprenadsituationer. Domstolen uttalade:

”Att den tjänst som tillhandahölls av den tidigare och av den nye innehavaren av avtalet är av samma slag kan, såsom har påpekats av huvuddelen av intervenienterna i målet, i sig inte leda till slutsatsen att det rör sig om överlåtelse av en ekonomisk enhet. *En enhet kan nämligen inte*

reduceras till att innebära den verksamhet som den bedriver. Dess identitet följer även av andra omständigheter såsom dess personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftsmetoder och, i förekommande fall, det driftkapital som den förfogar över.”¹¹² (min kursivering)

EG-domstolen uttalade vidare att:

”Förlusten av ett tjänsteavtal till en konkurrent kan följaktligen inte i sig anses visa att det rör sig om en överlåtelse i den mening som avses i direktivet. Det tjänsteföretag som tidigare innehade avtalet, och som förlorar en kund, består likväl i sin helhet utan att det kan anses att dess verksamhet eller del av verksamhet har överlåtits till den nye innehavaren av avtalet.”¹¹³

Enligt EG-domstolen skall överlåtelsedirektivet således inte tillämpas på en situation där en uppdragsgivare, som har givit en företagare i uppdrag att städa uppdragsgivarens lokaler, säger upp uppdragsavtalet och sluter ett nytt avtal med en annan leverantör för utförande av liknande tjänster. Detta gäller under förutsättning att processen varken innebär en överlåtelse av betydande materiella eller immateriella tillgångar eller ett övertagande av en huvuddel av personalstyrkan som hans föregångare avdelade för att fullgöra sitt avtal.

Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 – *Hernandez Vidal m.fl.*

Prudencia Gómez Pérez och María Gómez Pérez under flera år anställda av ett städbolag och deras arbete bestod i att städa företaget Hernández Vidals lokaler, enligt ett avtal om städning mellan detta företag och städbolaget. Efter drygt två år sades städavtalet upp med anledning av att bolaget därefter själv önskade överta städningen. Till följd därav avslutades anställningarna med de två städerskorna.

EG-domstolen har därefter i ytterligare två liknande mål behandlat outsourcing av städtjänster där ett företag, som har anförtrött städningen av sina lokaler åt ett annat företag, sedermera sagt upp avtalet för att hädanefter i egen regi utföra arbetet i fråga.

I det förenade domslutet förklarade domstolen att överlåtelsedirektivet skall tillämpas i sådana situationer under förutsättning att transaktionen inkluderar en överlåtelse av en ekonomisk enhet mellan de två företagen. Enbart den omständigheten att den lokalvård som utfördes av städföretaget och senare av det företag som äger lokalerna är likartad innebär inte att en sådan enhet har överlåtits.¹¹⁴

Mål C-51/00 - *Temco*

Volkswagen Bruxelles SA hade genom avtal lagt ut städningen av bolagets industrianläggningar på entreprenad till en första entreprenör, vilken i sin tur lät en underentreprenör utföra dessa tjänster. Entreprenadavtalet sades upp och Volkswagen ingick ett nytt avtal om utförande av samma tjänster med en annan

¹¹² Mål C-13/95 *Süzen*, p. 15

¹¹³ Mål C-13/95 *Süzen*, p. 16

¹¹⁴ Se även mål C-29/91 *Redmond Stichting* och förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Hidalgo m.fl.* som avser utkontraktering från offentlig sektor till privat verksamhet

entreprenör, Temco Service Industries SA. I samband med entreprenörsbytet skedde inte någon överföring av materiella eller immateriella tillgångar från den första entreprenören eller underentreprenören till den nya entreprenören, men Temco övertog dock en del av underentreprenörens personalstyrka enligt ett kollektivavtal.

EG-domstolen kom fram till slutsatsen att överlåtelsedirektivet är tillämpligt i en sådan situation under förutsättning att personalövertagandet avser en huvuddel - i förhållande till antal och kompetens - av personalstyrkan som underentreprenören särskilt hade avdelat för att genomföra underentreprenaden.

5.1.2 EFTA-domstolen

EFTA-domstolen, vars behörighet omfattar de länder som är medlemmar av EES-avtalet, har också i ett antal mål bedömt överlåtelsedirektivets tillämplighet i entreprenadsituationer.

Mål E-2/95 - Eidesund

Eidesund var anställd av ett bolag som bedrev restaurang- och städverksamhet på en oljeborrplattform. Arbetsgivaren förlorade emellertid, efter ett anbuds-förfarande, kontraktet till en annan entreprenör, Stavanger Catering A/S. Stavanger Catering erbjöd 14 av de 19 arbetstagarna, inklusive Eidesund, att stanna kvar men vägrade att betala deras premier till tilläggspension. Eidesund gjorde gällande att en övergång av verksamhet ägt rum och att Stavanger Catering därmed automatiskt hade tagit över överlåtarens alla förpliktelser, inklusive förpliktelsen att betala premier för tilläggspension.

EFTA-domstolen konstaterade att för att en del av ett tjänsteföretags verksamhet skall kunna uppfattas som en särskild ekonomisk enhet krävs att den kan urskiljas från företagets övriga verksamhet och att den i normalfallet har anställda som är knutna till denna enhet. Leverans av tjänster eller varor till flera kunder kan i allmänhet inte räknas som en separat enhet. För att det skall vara en egen verksamhet måste det finnas en viss miniminivå av aktiviteter och kontinuitet.

EFTA domstolen uttalade vidare:

”The taking-over of assets, employees and/or stocks may, depending on the circumstances, be important or even decisive factors in such an assessment, but the outcome of the assessment may well be that a transfer within the meaning of the Directive is found to have taken place even if one or more of the circumstances mentioned are missing.”

Stavanger Catering övertog inte några inventarier. Tjänsterna skulle dock utföras i samma lokal och med samma utrustning, vilket tyder på att det rörde sig om samma verksamhet. Stavanger Catering övertog även en stor del av personalen, vilka hade stor erfarenhet och expertkunskap. Detta tyder i sin tur på att verksamhetens identitet var bevarad. EFTA-domstolen slutsats blev att den beskrivna situationen i princip inte faller utanför direktivets tillämpningsområde.

Mål E-2/96 - *Ulstein och Røiseng*

Entreprenaden för ambulanstjänst hade överlåtits från Hammer Syketransport till Asbjørn Møller. Møller anställde totalt sju nya arbetstagare, varav fyra tidigare hade varit anställda av Hammer Syketransport. Arbetstagarna Ulstein och Røiseng erbjöds dock inte anställning hos Møller och hävdade att en övergång i enlighet med överlåtelsedirektivet ägt rum. I samband med överlåtelsen övertog Møller inte några fordon eller lokaler från den tidigare entreprenören och Møller ingick inte heller något avtal med Hammer Syketransport.

EFTA-domstolen konstaterade, i enlighet med tidigare avgörande från EG-domstolen, att det inte krävs att den tidigare och den nya entreprenören står i ett direkt avtalsförhållande med varandra för att överlåtelsedirektivet skall vara tillämpligt. Som regel är det dock inte en överlåtelse i direktivets mening när en uppdragstagare säger upp kontraktet med en entreprenör och ger motsvarande kontrakt till en annan. Avsaknaden av övergång av tillgångar mellan entreprenörerna utesluter inte heller, under förutsättning att andra faktorer talar för en överlåtelse i direktivets mening, överlåtelsedirektivets tillämplighet.

5.1.3 Arbetsdomstolen

Överlåtelsedirektivets bestämmelser och motsvarande regler i svensk rätt har givit upphov till en relativt omfattande rättspraxis. Flertalet av Arbetsdomstolens avgörande när det gäller övergång av verksamhet rör entreprenad- och outsourcingsituationer.

AD 1995 nr 163¹¹⁵

Swebus Sverige AB bedrev för viss tidsperiod, enligt entreprenadavtal med Länstrafiken i Malmöhus län, linjetrafik med buss inom Helsingborgsområdet och Sjöbo-Ystadsområdet. Vid upphandling avseende senare tid förlorade Swebus entreprenaderna till två andra företag. Tvist uppkom huruvida entreprenörsskiftet från Swebus till Linjebuss Sverige AB och Ödåkra Buss AB är att anse som en övergång av verksamhet i den mening som avses i 6 b § LAS och det inom EU gällande överlåtelsedirektivet.

Varken Linjebuss eller Ödåkra övertog arbetskraft, administration, fordon, fastigheter eller andra materiella tillgångar från Swebus. Enligt Arbetsdomstolen talar dessa förhållanden med avsevärd styrka för att verksamheten, även om en lagenlig överlåtelse ägt rum, inte har bevarat sin identitet vid entreprenörsskiftet. Att Linjebuss och Ödåkra efter övergången utförde de arbetsuppgifter som Swebus tidigare hade utfört och att länstrafiken hade behållit en viss kontroll över utförandet av dessa uppgifters medförde inte någon annan bedömning. Domstolen uttalade:

”... att Ödåkra och Linjebuss betjänar samma allmänhet som Swebus tidigare betjänade och att uppgifterna alltjämt utförs inom samma geografiska område handlar mer om vilka arbetsuppgifter som utförs än om vilken rörelse som bedrivs.”

¹¹⁵ Se även AD 1995 nr 96 och AD 1995 nr 134

Sammanfattningsvis kom Arbetsdomstolen i målet fram till att det inte hade skett någon övergång av verksamhet i överlåtelsedirektivets mening och därmed inte heller enligt bestämmelsen i LAS.

AD 1997 nr 81

Ett företag i fastighetsbranschen, Finfast AB, sade upp två arbetstagare som hade till uppgift att bedriva fastighetsskötsel och städning i ett bostadsområde. Finfast gav därefter ett annat företag, FF-Fastighetsservice AB, i uppdrag att utföra de uppsagda arbetstagarnas sysslor.

Vid bedömningen konstaterades först och främst att en lagenlig överlåtelse hade ägt rum. FF-Fastighetsservice hade dock inte övertagit vare sig arbetskraft eller materiella tillgångar av någon betydelse från Finfast. Inte heller hade några immateriella tillgångar överlåtits. Arbetsdomstolen konstaterade också att det i den föreliggande situationen inte fanns utrymme att anse att FF-Fastighetsservice hade övertagit några kunder av Finfast. Verksamhetens art var emellertid i princip den samma, men likheterna var mer hänförliga till arbetsuppgifterna än till affärsrörelsen. Arbetsdomstolen tog fasta på EG-domstolens avgörande i *Süzen*-målet där det fastslogs att en ekonomisk enhet inte kan reduceras enbart till den verksamhet som den bedriver. Domstolen fann således sammantaget att någon övergång av verksamhet i enlighet med överlåtelsedirektivet och LAS inte hade ägt rum.¹¹⁶

AD 1998 nr 146

Ett bolag som bedrev restaurangrörelse, Rådhusrestauranten, överlät samtliga materiella tillgångar, inkråmet, i restaurangen till bolaget Copperdeli. Kravet på en lagenlig överlåtelse ansågs således uppfyllt och frågan var om det som överlåtits kunde anses utgöra en bestående ekonomisk enhet.

Arbetsdomstolen konstaterade inledningsvis att det faktum att Rådhusrestauranten och Copperdeli avtalat om att Copperdeli inte skulle överta någon personal inte kunde medföra att 6 b § LAS inte var tillämplig. Vidare konstaterade domstolen bl.a. att Copperdeli inte hade övertagit några immateriella tillgångar, arbetskraft, administration eller kunder. Arbetsdomstolen fann därmed, efter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter, att det som överlåtits inte kunde beskrivas som en bestående ekonomisk enhet. Det ansågs således inte ha skett en övergång i enlighet med överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS.

AD 2001 nr 101

Pressens Media Service DSV AB bildades för att ge ut ett TV-magasin i Sverige. Bolaget träffade sedermera ett avtal med Förenade Landsortstidningar AB om visst samarbete för produktionen. Förenade Landsortstidningar skulle bl.a. ställa personal till förfogande. Samarbetet upphörde efter ungefär två år och Pressens Media Service DSV skötte därefter själv produktionen av TV-magasinet.

¹¹⁶ Se även AD 1998 nr 44

Arbetsdomstolen konstaterade att det, förutom att några av dem som arbetade med den redaktionella produktionen fick anställning hos Pressens Media Service DSV, i huvudsak var själva arbetsuppgifterna som togs över av bolaget. Efter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter fann Arbetsdomstolen att det som övergått inte kunde beskrivas som en bestående ekonomisk enhet. Frågan om avslutandet av samarbetet mellan företagen innebar en övergång av verksamhet i den mening som avses i 6 b § LAS besvarades således nekande.

AD 2008 nr 64

Park Inn Designhotell i Värnamo lade ut städningen av hotellet på entreprenad till Sodexho AB. När Sodexho senare sade upp entreprenadavtalet sades ett antal anställda hos Sodexho som arbetade med städningen av hotellet upp på grund av arbetsbrist. Hotellet träffade därefter ett entreprenadavtal med Ekonomistäd AB om städning av hotellet.

Verksamheten som Sodexho respektive Ekonomistäd bedrev vid hotellet var till sin art i princip densamma och verksamheten låg inte nere under någon period. De i målet aktuella sysslorna utfördes också på ett liknande sätt före och efter entreprenörsskiftet. Enligt domstolen var detta dock omständigheter som var mer hänförliga till arbetsuppgifterna än till själva affärsrörelsen. Ekonomistäd övertog vidare inte några betydande materiella tillgångar. På samma sätt som Sodexho använde sig Ekonomistäd av de linnevagnar som hotellet ställde till entreprenörens förfogande. Ekonomistäd använde även egna dammsugare och andra redskap, liksom eget förbrukningsmaterial, för att utföra städningen. Enligt Arbetsdomstolens bedömning övertog Ekonomistäd inte heller en huvuddel av personalstyrkan.

Vid en helhetsbedömning av omständigheterna kom Arbetsdomstolen till slutsatsen att det inte hade övergått någon bestående ekonomisk enhet från Sodexho till Ekonomistäd och att det därmed inte hade skett någon övergång av verksamhet i den mening som avses i 6 b § LAS.

5.2 Är överlåtelsedirektivet tillämpligt vid outsourcing av verksamhet?

Rättsfallen i föregående avsnitt visar på såväl EG-domstolens som EFTA-domstolens tolkning av överlåtelsedirektivets räckvidd samt hur Arbetsdomstolen sedermera har tillämpat överlåtelsebestämmelserna med hänsyn till tidigare tolkningsavgöranden.

Såsom framgår av ordalydelsen i överlåtelsedirektivets första artikel skall domstolen vid bedömning av huruvida en övergång i direktivets mening har ägt rum ta ställning till dels om en lagenlig överlåtelse har skett, dels om denna i så fall har omfattat en verksamhet eller del av en verksamhet.

5.2.1 Outsourcing och lagenlig överlåtelse

För att en lagenlig överlåtelse skall vara för handen måste följande två villkor vara uppfyllda: övergången skall innebära ett byte av arbetsgivare och den skall äga rum inom en avtalsenlig kontext.¹¹⁷ I och med EG-domstolens avgörande i målet *Rask och Christensen* fastställdes att kravet på en lagenlig överlåtelse är uppfyllt i de situationer då ett företag väljer att lägga ut verksamhet, vilken tidigare utförts internt inom företaget. Detta uppfattas ofta som den typiska outsourcing-situationen och avgörande för direktivets tillämplighet är att det sker en övergång, ett arbetsgivarbyte, inom ramen för ett avtalsförhållande. Även i målet *Schmidt* konstaterades att överlåtelsedirektivet skall tillämpas i situationer då ett företag genom avtal till ett annat företag överlåter ansvaret för en servicefunktion som tidigare utförts i egen regi. Målen *Hernandez Vidal m.fl.* berör däremot den omvända situationen, eller s.k. insourcing. Ett företag som tidigare har haft en del av verksamheten utlagd på entreprenad säger upp avtalet för att i fortsättningen sköta verksamheten på egen hand. Enligt EG-domstolen skall överlåtelsedirektivet tillämpas i en sådan situation, förutsatt att det är fråga om en överlåtelse av en ekonomisk enhet mellan de två företagen.

Förutom den typiska outsourcing-situationen och insourcing förekommer även att företag som har lagt ut en del av verksamheten vill byta entreprenör, t.ex. då avtalet löper ut eller om företaget av någon anledning är missnöjd med entreprenören. I målen *Daddy's Dance Hall*¹¹⁸ och *P. Bork International*¹¹⁹ (vilka inte har refererats ovan) har EG-domstolen förklarat att en övergång som sker i två eller flera led kan omfattas av överlåtelsedirektivet, respektive att en tillämpning av direktivet inte är utesluten vid en överlåtelse som sker i två steg. I *Süzen*-målet uttalade EG-domstolen dock att en förlust av ett avtal till en konkurrent inte i sig kan anses utgöra en verksamhetsöverlåtelse i direktivets mening. En verksamhetsövergång ansågs inte var för handen vid ett entreprenörsbyte i det målet med hänsyn till att det enbart rörde sig om en övergång av arbetsuppgifter. I målet *Temco* kom EG-domstolen däremot fram till att överlåtelsedirektivet var tillämpligt vid byte av outsourcingleverantör, under förutsättning att en huvuddel av personalen övertogs.¹²⁰

När det gäller byte av entreprenör bör även de två refererade domarna från EFTA-domstolen, målet *Eidesund* och målet *Ulstein och Røiseng*, framhållas. Domstolen uttalade att sådana situationer i princip inte faller utanför överlåtelsedirektivets tillämpningsområde men att det som regel inte är fråga om en överlåtelse i direktivets mening när en uppdragstagare säger upp kontraktet med en entreprenör och ger motsvarande kontrakt till en annan. EFTA-domstolen anser dock att det bör göras en skillnad mellan EG-domstolens avgöranden som rör situationer då företagaren själv för första gången överlåter en av honom bedriven verksamhet till en entreprenör och de av EFTA-domstolen behandlade fallen som avser en senare övergång, ett entreprenörsbyte. Domstolen anser att presumptionen för en tillämpning av direktivet är svagare i det senare fallet. Arbetsdomstolen anser emellertid, vilket framgår av rättsfallet AD 1997 nr 81 (Finfast AB), att det inte

¹¹⁷ Se ovan avsnitt 2.2.1

¹¹⁸ Mål 324/86 *Daddy's Dance Hall*

¹¹⁹ Mål 101/87 *P. Bork International*

¹²⁰ Ytterligare ett avgörande som rör entreprenörsbyte är mål C-340/01 *Abler*

finns skäl att upprätthålla en sådan åtskillnad.¹²¹ Sammanfattningsvis kan det således konstateras att när det gäller byte av outsourcingleverantör är uppfattningarna till viss del delade. Det får dock anses vara möjligt, men inte självklart, att överlåtelsedirektivet skall tillämpas i sådana situationer.

5.2.2 Outsourcing av verksamhet eller del av en verksamhet

För att falla inom överlåtelsedirektivets räckvidd måste vidare outsourcingen avse ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet. Det skall röra sig om en överlåtelse av en ekonomisk enhet, som dessutom bevarar sin identitet.¹²² I *Schmidt*-målet gjorde EG-domstolen inte någon distinktion mellan själva arbetsuppgifterna ifråga och begreppet ekonomisk enhet. EG-domstolen företog i målet inte någon helhetsbedömning med utgångspunkt i *Spijkers*-kriterierna, utan fokuserade på graden av likhet mellan aktiviteterna före och efter överlåtelsen. Enligt denna tolkning omfattades således i princip alla outsourcingsituationer av överlåtelsedirektivets tillämpningsområde. Genom utgången i *Rygaard*-målet fastslogs dock för första gången att det inte är tillräckligt att enbart arbetsuppgifter övergår från överlåtaren till förvärvaren för att direktivet skall äga tillämplighet.

EG-domstolen vidareutvecklade sedermera sin restriktiva inställning och fastställde i *Süzen*-målet att en enhet inte kan reduceras till att enbart innebära den verksamhet som den bedriver. Identiteten följer även av andra omständigheter som t.ex. verksamhetens personal och arbetsledning, hur arbetet organiseras och vilka driftsmetoder som tillämpas. Även Arbetsdomstolen konstaterade i *Swebus*-målet¹²³ att begreppet verksamhet i överlåtelsedirektivet snarare står för affärsrörelse än arbetsuppgifter och att det därmed är av mindre intresse om arbetsuppgifterna som sådana är desamma hos överlåtaren och förvärvaren. Viktigare är om produktionsresurser samt arbetsledning, personal, kunder och kommersiella avtal övertas i större eller mindre utsträckning.¹²⁴ En övergång av endast arbetsuppgifter omfattas således inte längre av överlåtelsedirektivets bestämmelser. Det är därmed inte fråga om en övergång av verksamhet när bemanningsföretag hyr ut personal för utförande av visst arbete, förutsatt att åtagandet inte sträcker sig längre och även tar sikte på att gentemot beställaren ansvara för resultatet av den uthyrda personalens verksamhet.¹²⁵

Det bör således uppmärksammas att inte varje outsourcingsituation eller varje byte av entreprenör innebär en överlåtelse i direktivets mening. Avgörandet i *Süzen*-målet kan uppfattas som en vändpunkt i jämförelse med EG-domstolens tidigare praxis. Diskussioner har förts huruvida det skall anses som en nödvändig precisering av begreppet verksamhetsöverlåtelse eller som en ändring av praxis i en mer inskränkande riktning.¹²⁶ Klart är dock att en överlåtelse av verksamhet kan vara för handen vid outsourcing och entreprenörsskifte men ju renare

¹²¹ Lunning och Toijer, 2006, s. 281

¹²² Se ovan avsnitt 2.2.2

¹²³ AD 1995 nr 163

¹²⁴ Se ovan avsnitt 2.2.2

¹²⁵ Se mål C-458/05 *Jouini m.fl* och AD 2008 nr 51

¹²⁶ Jfr. Nyström, 2002, s. 262

situationen är från omständigheterna som anges i *Spijkers*-målet¹²⁷, desto troligare är det att det inte kommer att betraktas som en verksamhetsövergång. Att skyddsreglerna inte skall tillämpas i varje outsourcingsituation kan ur ett ekonomiskt perspektiv betraktas som positivt. Vid jämförelse mellan *Süzen*-målet och det tidigare avgörandet *Schmidt* framgår att rättsutvecklingen gagnar ett effektivt och konkurrenskraftigt näringsliv.

Graden av likhet mellan aktiviteterna före och efter en övergång förefaller alltså vara ett indicium på att verksamheten har bevarat sin identitet, men det är emellertid inte längre ett ensamt avgörande kriterium, såsom kan utläsas av *Schmidt*-målet. I *Rygaard*-målet begränsades ytterligare direktivets tillämplighet i outsourcingsituationer genom att EG-domstolen ställde ett krav på varaktighet. Föremålet för övergången skall utgöra en stabilt organiserad ekonomisk enhet, vars verksamhet inte begränsar sig till utförandet av ett särskilt arbete. En slutsats som kan dras av denna tolkning är det enbart är outsourcingsituationer där parterna är hårt knutna till varandra som omfattas av direktivets tillämpningsområde. Det krävs att outsourcingavtalet löper under en förhållandevis lång tid och att det rör funktioner som är återkommande i överlåtarens verksamhet.

Att en övergång av enbart arbetsuppgifter inte innebär en övergång av en ekonomisk enhet som bevarar sin identitet är något som Arbetsdomstolen har tagit fasta på. Arbetsdomstolen har både bedömt situationer då företag lagt ut verksamhet för första gången, entreprenörsbyten och situationer då företag återtagit verksamhet som har varit utlagd på en extern aktör. En slutsats som kan dras är att det krävs tämligen mycket för att en överlåtelse i direktivets mening skall anses ha ägt rum i en outsourcingsituation. Arbetsdomstolen refererar i sina domskäl till flera avgöranden från EG-domstolen och tar stor hänsyn till de kriterier som uppställs i *Spijkers*-målet. I exempelvis AD 1998 nr 146 (Rådhusrestauranten och Copperdeli) ansågs det inte ens vara tillräckligt att samtliga materiella tillgångar hade överlåtits.

Den omständigheten att det saknas ett direkt avtalsförhållande mellan två företagare, t.ex. vid byte av outsourcingleverantör, kan utgöra ett indicium på att det inte har skett någon överlåtelse i den mening som avses i direktivet.¹²⁸ Däremot kan möjligtvis den omständigheten att det faktiskt finns ett direkt avtalsförhållande mellan överlåtare och förvärvare innebära att något lägre krav ställs på att t.ex. materiella övergångar tas över.¹²⁹ Trots att överlåtelse av tillgångar, såväl materiella som immateriella, hör till de kriterier som enligt *Spijkers*-målet skall beaktas vid bedömningen av huruvida det har skett en överlåtelse av en ekonomisk enhet som har bevarat sin identitet, utesluter inte avsaknaden av sådana omständigheter med nödvändighet att det har skett en sådan överlåtelse.¹³⁰ *Temco*-målet skall härvid beaktas. Det förelåg i det fallet inte något direkt avtalsförhållande och varken materiella eller immateriella tillgångar överläts till den nya entreprenören. EG-domstolen ansåg ändock, under

¹²⁷ Mål 24/85 *Spijkers*

¹²⁸ Mål C-13/95 *Süzen*, p. 11

¹²⁹ Jfr. mål C-392/92 *Schmidt*

¹³⁰ Mål C-13/95 *Süzen*, p. 17

förutsättning att en huvuddel av personalstyrkan övertas, att en överlåtelse i enlighet med direktivet kan äga rum i sådana situationer.

Det ställs således inte längre något krav på att materiella eller immateriella tillgångar överförs på förvärvaren, utan en ekonomisk enhet kan även utgöras av en grupp anställda. För att överlåtelsedirektivet skall tillämpas i en sådan situation krävs dock att förvärvaren övertar en merpart av arbetsstyrkan, både i förhållande till antal och kompetens. Praxis förfaller här utvecklats i rätt riktning då tjänsteproducerande företag vilka erbjuder outsourcing är vanligt förekommande på marknaden. Ett uppenbart cirkelresonemang uppkommer emellertid när det gäller övertagande av den berörda personalen. Vid en bedömning av överlåtelsedirektivets tillämplighet skall hänsyn tas till huruvida förvärvaren har övertagit arbetsstyrkan, samtidigt som en av direktivets viktigaste rättsverkningar är att arbetstagarna efter en verksamhetsövergång skall ha rätt att följa med till den nya arbetsgivaren.¹³¹ Det bör även uppmärksammas, vilket EFTA-domstolen uttalade i *Eidesund*-målet, att om det arbete som skall utföras inte kräver någon särskild sakkunskap spelar ett eventuellt övertagande av personalstyrkan mindre roll vid bedömningen om verksamhetens identitet är bevarad. Vid bedömningen måste således hänsyn tas till om förvärvaren övertar befintlig personal för att kunna driva den tidigare verksamheten vidare, eller om förvärvaren enbart av praktiska skäl tar över personalen, för att täcka ett eventuellt behov av ytterligare arbetskraft.

Syftet med bestämmelserna i överlåtelsedirektivet är att skydda arbetstagare i de fall en verksamhet, eller del av en verksamhet, är föremål för en överlåtelse till en annan arbetsgivare. De höga krav som ställs för att en övergång av en ekonomisk enhet skall vara för handen kan i många fall anses medföra ett otillfredsställande skydd för arbetstagarna. Bara för att en situation inte betraktas som en verksamhetsövergång i direktivets mening innebär inte att utflyttningen på inga villkor påverkar arbetstagarna och deras anställningar. EFTA-domstolens avgörande i *Eidesund*-målet tyder dessutom på att överlåtelsedirektivet med större sannolikhet kommer att tillämpas vid outsourcing av arbetskraftbaserade verksamheter där arbetstagarna besitter särskild kompetens. Detta innebär att dessa arbetstagare erhåller ett jämförelsevis starkare skydd vid outsourcing av verksamhet än arbetstagare som inte innehar någon specialkompetens. Huruvida detta står i överensstämmelse med direktivets skyddssyfte kan diskuteras. En sådan diskussion faller dock utanför ramarna för den här uppsatsen.

5.2.3 Sammanfattning och slutsats

När det gäller verksamhetsöverlåtelser och outsourcing kan rättsläget uppfattas som komplicerat och oklart. Frågan är vad som egentligen är avgörande för om en verksamhetsövergång skall anses ha ägt rum. Av EG-domstolens praxis på området framgår att uttrycket lagenlig överlåtelse skall tolkas betydligt mer vidsträckt än vad som traditionellt och i strikt juridisk mening innefattas i det svenska begreppet överlåtelse.

¹³¹ Jfr. Glavå, 2001, s. 374; Lunning och Toijer, 2006, s. 274

Utgångspunkten vid bedömningen, huruvida outsourcing är att betrakta som en övergång av verksamhet, är att det för direktivets tillämplighet inte krävs att det föreligger ett direkt avtalsförhållande mellan överlåtare och förvärvare och att en överlåtelse i direktivets mening kan ske i två eller flera steg. Överlåtelsedirektivet skall tillämpas i samtliga fall när det som ett led i ett avtalsförhållande sker ett byte av den fysiska eller juridiska person som är ansvarig för verksamhetens drift och som tar på sig en arbetsgivares skyldigheter gentemot verksamhetens arbetstagare.¹³² Att övergången sker genom någon form av outsourcing saknar i princip betydelse. En slutsats som kan dras är att det är *Spijkers*-kriterierna som spelar den avgörande rollen när det gäller att bedöma om överlåtelsebestämmelserna skall tillämpas vid outsourcing.

Genom att strategiskt använda sig av outsourcing kan verksamhetsledningen sägas skapa ett beroende gentemot outsourcingleverantören, vilket ökar i takt med att samarbetet utvecklas. Enligt rättspraxis omfattas långt ifrån alla outsourcing-situationer av överlåtelsedirektivets räckvidd, men generellt torde kunna sägas att ju starkare bandet är mellan parterna desto större är sannolikheten att överlåtelsebestämmelserna skall tillämpas på situationen. Denna slutsats kan dras med hänsyn till EG-domstolens restriktiva tolkning av begreppen ekonomisk enhet och bibehållen identitet i *Rygaard*-målet och *Süzen*-målet, till förmån för intresset av ett effektivt fungerande näringsliv.

Vilket av kriterierna som uppställs i *Spijkers*-målet som blir avgörande beror dock på situationen i det enskilda fallet. Det finns inget kriterium som är viktigare än de andra. Med andra ord går det inte att uppräta någon slags förteckning över vilka kriterier som skall vara uppfyllda, för att sedan i alla situationer ta sin utgångspunkt i den. Bedömningen av huruvida det är en verksamhetsövergång eller inte är till stor del beroende av vad det är för typ av verksamhet. Är det en personalintensiv verksamhet där arbetstagarna besitter specialkompetens, eller är verksamheten till större del avhängig materiella tillgångar? Är det t.ex. en IT-konsultfirma eller en mekanisk verkstad? Gäller frågan outsourcing av en servicefunktion som till stor del baseras på arbetskraft, t.ex. lokalvård eller fastighetsskötsel, blir ett övertagande av större delen av personalen av stor betydelse. En överföring av personal kan i sådana fall vara avgörande för att outsourcingleverantören skall kunna driva verksamheten vidare. Om det däremot rör outsourcing av t.ex. en produktionsenhet blir ett övertagande av materiella tillgångar, såsom maskiner och andra verktyg, viktigare.¹³³

Det bör dock uppmärksammas att det inte sällan i samband med outsourcing sker en viss förändring av aktiviteterna. Det är inte alltid samma aktiviteter som överförs mellan parterna. I dessa fall uppfylls därmed inte kriteriet på likhet mellan verksamheten före och efter en övergång. Om inte heller övriga kriterier uppfylls är sannolikheten liten att verksamhetens identitet anses bevarad och att utflyttningen kommer att betraktas som en verksamhetsövergång. Däremot övertar outsourcingleverantören ofta ansvaret för den personalstyrka som tidigare varit

¹³² Se ovan avsnitt 2.2.1 och förenade målen C-171 och C-172/94 *Merckx och Neuhuys*, p. 28-30

¹³³ Se ovan avsnitt 2.2.2

sysselsätta med den aktuella aktiviteten, vilket talar för att det rör sig om en verksamhetsövergång.¹³⁴

Av allt att döma kan det slutligen konstateras att kraven på en verksamhetsöverlåtelse i enlighet med överlåtelsedirektivet kan vara uppfyllda i en outsourcing-situation. Det är inte begreppet lagenlig överlåtelse som föranleder praktiska tillämpningsproblem, utan snarare frågan huruvida det som utkontrakteras utgör en verksamhet eller del av en verksamhet. Det krävs sålunda en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, med utgångspunkt i *Spijkers*-kriterierna, för att avgöra om outsourcing anses innebära en verksamhetsöverlåtelse i enlighet med överlåtelsedirektivet.

5.3 Rättsverkningar i en outsourcing-situation

Frågan om överlåtelsedirektivets tillämplighet vid outsourcing av verksamhet ger ofta upphov till praktiska tillämpningsproblem, vilket EG-domstolens praxis vittnar om. För de fall en outsourcing-situation anses utgöra en verksamhetsövergång i enlighet med överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS, uppkommer dock inte några särskilda problem när det gäller skyddsreglernas rättsliga konsekvenser. I samband med outsourcingen sker således en automatisk partsväxling och förvärvaren, outsourcingleverantören, inträder till följd därav i överlåtarens ställe. Berörda arbetstagare erhåller därmed skydd för anställningen genom bl.a. uppsägningsförbudet samt skydd för de anställningsvillkor som var gällande hos överlåtaren.

Vad som dock bör uppmärksammas när det gäller anställningsskydd i övergångssituationer är att uppsägningsförbudet inte är absolut. Det finns möjlighet för såväl förvärvaren som överlåtaren att säga upp arbetstagare med hänsyn till verksamhetsrelaterade skäl. Omstruktureringar och beslut om att lägga ut verksamhet på en extern aktör grundas i regel på ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Ett företag kan därmed åberopa arbetsbrist som motivering för uppsägningar, trots att den egentliga orsaken hänförs till övergången som sådan.¹³⁵ Uppsägningsförbudets rättsverkan i en outsourcing-situation kan även anses inskränkas av den omständigheten att en arbetsgivare har möjlighet att avsluta ett anställningsförhållande så att uppsägningstiden löper ut samtidigt som outsourcingavtalet, trots att det fortfarande är oklart huruvida outsourcingavtalet kommer att förlängas eller inte.¹³⁶

Arbetstagare som berörs av verksamhetsövergångar av olika slag har möjlighet att motsätta sig en övergång av anställningen. I vissa fall kan det faktiskt, vilket även framhållits tidigare i denna uppsats, vara ett bättre alternativ för arbetstagaren att stanna kvar i överlåtarens verksamhet än att följa med till förvärvaren. Detta gäller framförallt då överlåtaren är en stor arbetsgivare med goda omplaceringsmöjligheter.¹³⁷ Om arbetstagaren dessutom har arbetat hos överlåtaren under en

¹³⁴ Se ovan avsnitt 4.1

¹³⁵ Se ovan avsnitt 2.4 och 3.2.1

¹³⁶ Jfr. AD 2006 nr 93 där Arbetsdomstolen uttalade att det inte krävs att arbetsbrist har uppkommit för att en uppsägning skall få utföras

¹³⁷ Se ovan avsnitt 2.4 och 3.2.1

längre tid och således har en lång sammanlagd anställningstid, vilken kan tillgodoräknas i turordningshänseende, kan det vara särskilt fördelaktigt att motsätta sig en övergång. Det kan även vara säkrare för en arbetstagare att välja att stanna kvar om det bedöms finnas en risk för att arbetsgivaren längre fram kommer att byta outsourcingleverantör. Denna risk är särskilt stor i de fall det är osäkert huruvida överlåtelsedirektivet skall tillämpas på den aktuella situationen. Följden av att arbetstagare motsätter sig en övergång till ny arbetsgivare kan emellertid bli att omstruktureringen, verksamhetsförändringen, får effekter på andra enheter än den som i själva verket är föremål för outsourcing. Arbetstagare som annars inte alls skulle komma att beröras av förändringen riskera därmed istället att förlora sin anställning.

6 Praktiska överväganden

Reglerna som rör överlåtelse av verksamhet är komplexa och kan medföra relativt omfattande praktiska tillämpningsproblem. Outsourcing av verksamhet ligger i gränslandet för överlåtelsedirektivets tillämpningsområde, vilket ofta gör bedömningen än mer komplicerad. Rättsläget får i många fall betraktas som oklart, därav såväl EG-domstolens som Arbetsdomstolens rikliga praxis på området.

Outsourcing kan förekomma i en mängd olika former och verksamhetens särart samt förutsättningarna på marknaden medför att varje situation är unik. Det är därmed inte möjligt att ge någon generell definition av begreppet verksamhetsövergång i en outsourcingsituation. I varje enskilt fall krävs att det görs en helhetsbedömning, med hänsyn till de riktlinjer som EG-domstolen specificerat i praxis. Det går således inte att ge något entydigt svar på frågan huruvida överlåtelsedirektivets skyddsbestämmelser skall tillämpas vid outsourcing av verksamhet. Det finns dock, trots att det rättsliga materialet är omfattande och svåröverblickbart, vissa möjligheter för parterna att skraddarsy en verksamhetsövergång i syfte att kringgå överlåtelsedirektivets skyddsregler.

Inför en verksamhetsövergång ligger det i parternas intresse att få kännedom om de rättsliga konsekvenserna av transaktionen och på vilket sätt de negativa effekterna kan undanröjas. Eftersom outsourcing ligger i gränslandet för överlåtelsedirektivets räckvidd är det särskilt intressant att närmare undersöka vilket handlingsutrymme parterna har. En fråga av intresse är hur parterna å ömse sidor bör agera när de ställs inför oklara situationer och när det inte med säkerhet går att bedöma utgången i en eventuell tvist.

6.1 Oklara övergångssituationer i samband med outsourcing

Det bör till en början framhållas att när det gäller outsourcing rör det sig i praktiken vanligen om större företag. En förutsättning är att företaget har olika avdelningar som kan separeras från den övriga verksamheten. I andra fall, när överlåtaren är ett mindre företag, sker ofta en överlåtelse av hela verksamheten alternativt överlåtelse av aktier. Det är i de flesta fall även enbart företag av större storlek som har kapacitet att ta över den verksamhet som ett annat företag utkontrakterar.

Det första steget inför ett avtal om outsourcing är att gå igenom *Spijkers*-kriterierna och således försöka bedöma huruvida skyddsbestämmelserna skall äga tillämpning eller inte. Med beaktande av att varje situation är unik och att transaktionen kan ske på ett otal olika sätt är det svårt att ge ett typiskt exempel på en outsourcingsituation då överlåtelsedirektivet faktiskt är tillämpligt. Ju fler kriterier som är uppfyllda desto större är dock sannolikheten att situationen bedöms falla inom direktivets räckvidd. På motsvarande sätt anses det otvetydigt

att bestämmelserna inte skall tillämpas när inga kriterier, eller endast ett fåtal, är uppfyllda.

I de allra flesta outsourcingsituationer är det emellertid oklart huruvida det är att anse som en övergång i enlighet med överlåtelsedirektivet och om överlåtelsebestämmelserna i LAS således skall tillämpas. Med hänsyn till det komplexa regelsystemet och de risker som osäkerheten medför är det viktigt att parterna i ett tidigt skede anlitar juridisk expertis. Genom diskussioner mellan överlåtare och outsourcingleverantör på ett tidigt stadium löses ofta problemen innan de uppstår. Tvist uppkommer först om någonting går snett. Som rådgivare inför outsourcing är det viktigt att ”coacha” parterna genom hela outsourcingprocessen och försöka anpassa upplägget, avtalet och själva övergången, efter omständigheterna i den konkreta situationen.

För rådgivare är det alltid mest behändigt om det i ett inledande skede kan konstateras att det sannolikt rör sig om en verksamhetsövergång. De kan då anpassa rådgivningen och parterna kan agera efter det spelrum som skyddsreglerna ger utrymme för. Oklara situationer är däremot alltid besvärliga. Särskilda problem uppkommer ofta i situationer där parterna efter svåra övervägningar kommer fram till att det förmodligen inte är fråga om en verksamhetsövergång i det specifika fallet. Många oklara och besvärliga situationer uppstår när det är ont om tid och beslut snabbt måste fattas. Ett exempel kan vara när outsourcingavtalet precis skall till att undertecknas och det visar sig att personal och tillgångar bara ha ”råkat” gå över.

6.1.1 Riskanalys

Det är huvudsakligen förvärvaren, dvs. det företag som övertar den verksamhet som ett annat företag väljer att outsource, som i störst grad är exponerad för de eventuella risker som en verksamhetsövergång kan medföra. Vanligen försöker förvärvaren därmed att i ett inledande skede, innan själva transaktionen äger rum, reducera riskerna på olika sätt. I regel vill förvärvaren undvika att ta över den personal som tidigare var sysselsatt i överlåtarens verksamhet.

Ett bra alternativ inför ett avtal om outsourcing är att ställa upp en ”spelplan” där riskerna med outsourcing i den konkreta situationen tydligt påvisas. Det kan ses som en slags riskanalys. Förvärvaren skall på ett enkelt sätt kunna utläsa vilka konsekvenser som följer av olika alternativa övergångar. Det skall därmed framgå, med hänsyn till omständigheterna i det konkreta fallet, hur stor risken är att det kommer att betraktas som en övergång i direktivets mening och vad det i så fall får för rättsliga konsekvenser. Det skall framgå hur stor risken är om t.ex. endast maskiner och andra materiella tillgångar överläts eller om förvärvaren enbart tar över en del av personalstyrkan. Om ett företag underlåter att upprätta en riskanalys kan såväl oönskade som oväntade följder inträffa. Särskilt ödesdiga konsekvenser kan det få för ett mindre företag som har beslutat att expandera sin verksamhet genom att ta över en servicefunktion som ett annat företag väljer att utkontraktera. Upprättande av riskanalyser är i dessa situationer onekligen av stor betydelse.

Som förvärvare kan det vara en fördel att i oklara situationer börja med att undersöka hur transaktionen har hanterats och bedömts i det överlåtande bolaget.

Hur har förhandlingarna med arbetstagarorganisationen, vilka skall ske enligt 11 och 13 §§ MBL, avslöpt? Anser arbetstagarnas representanter att det rör sig om en verksamhetsövergång och att skyddsbestämmelserna således skall tillämpas? Eftersom överlåtare och förvärvare ofta har motstående intressen i frågan kan arbetstagarorganisationens bedömning betraktas som en värdemätare på risken. En situation kan av naturliga skäl inte betraktas som en verksamhetsövergång av överlåtaren men inte av förvärvaren, eller vice versa.

Om parterna efter en bedömning av kriterierna och med hänsyn till tidigare erfarenheter anser att en konkret situation inte bör betraktas som en verksamhetsövergång finns alltid risk att någon annan bedömer situationen på ett annorlunda sätt. Bedömningar innebär alltid ett visst mått av godtycklighet och till följd därav även osäkerhet. En risk är att arbetstagare som har varit verksamma hos överlåtaren bedömer situationen på ett annat sätt. De kan då komma att hävda att en verksamhetsövergång i överlåtelsedirektivet mening har ägt rum och att de således har rätt till fortsatt anställning hos outsourcingleverantören.

Något som även bör uppmärksammas vid upprättande av riskanalyser är den personliga dimensionen och hur stor sannolikheten är att berörda arbetstagare kommer att göra gällande en övergång av anställningsförhållanden. Det kan många gånger vara påfrestande för arbetstagare att tränga sig på och hävda rätt till fortsatt anställning i förvärvarens verksamhet, även om de har rätten på sin sida. Anledning till att de inte erbjudits möjlighet att följa med från första början kan vara att de inte är tillräckligt kompetenta eller att förvärvaren av någon annan orsak inte ansåg dem lämpade nog att utföra arbetet i fråga. Genom att tränga sig på och hävda sin rätt är risken stor att någon annan på arbetsplatsen förlorar sitt arbete. Med hänsyn till den personliga aspekten kan risken för att berörda arbetstagare gör gällande rätt till fortsatt anställning många gånger vara mindre i praktiken än i teorin.

Trots att det är förvärvaren som är exponerad för de största riskerna bör det även reflekteras över hur en situation, som inte betraktas som en verksamhetsövergång, kan påverka överlåtaren. Trots att aktiviteter och eventuella tillgångar, samt i vissa fall även enstaka arbetstagare, övergår till ett annat företag kan stora delen av personalstyrkan ändå förbli kvar i företaget. Överlåtaren måste då i förekommande fall på grund av övertalighet avsluta anställningsförhållanden i enlighet med reglerna i LAS. Risk föreligger då, med hänsyn till turordningsreglerna, att andra personer än de som har arbetat i den utlagda verksamheten måste sägas upp. Upprättande av riskanalyser är sålunda av stor vikt även för överlåtande bolag.

6.1.2. Vilket handlingsutrymme har parterna?

Eftersom ingen outsourcing-situation är den andra lik är det svårt att ge några allmängiltiga råd om hur oklarheterna bör hanteras. För att avgöra vilket handlingsutrymme som den konkreta situationen ger vid handen måste hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet. I vissa situationer är riskerna större än i andra och i vissa situationer önskar förvärvaren ta över en del av personalstyrkan. Hur oklarheterna bör hanteras är också avhängigt hur långt processen har framskridit när frågorna aktualiseras. Skall problemen lösas eller förhindras? Ofta är emellertid företagen medvetna om oklarheterna, och de risker en outsourcing-

situation kan innebära, och är således beredda att ta juridisk hjälp i ett tidigt skede.

Efter noggranna övervägningar och upprättande av riskanalyser skall slutligen ett outsourcingavtal mellan överlåtaren och förvärvaren upprättas och undertecknas. Avtalsfriheten möjliggör härmed för parterna att ta in klausuler om hur framtida kostnader skall hanteras. Det kan t.ex. röra sig om semesterkostnader för den del av personalen som går över eller kostnader för att avveckla personal. På detta sätt kan vissa risker minskas eller t.o.m. elimineras. En risk som dock inte bör underskattas är att arbetstagarorganisationen i sådana situationer, trots att den inte tidigare gjort gällande att skyddsreglerna bör tillämpas, kan upptäcka att det eventuellt rör sig om en verksamhetsövergång. Viss försiktighet under förhandlingarna påkallas således.

Genom förhandlingarna mellan överlåtare och förvärvare beslutas vad som skall ingå i överlåtelsen och hur överlåtelsen praktiskt skall genomföras. Huruvida och i vilken mån personal och tillgångar, med tillhörande kostnader och risker, skall övertas av förvärvaren påverkar naturligtvis köpeskillingen. Vederlaget för överlåtelsen kan t.ex. sättas högre i de fall då överlåtaren förmodligen kommer att behålla ansvaret för arbetstagarna, liksom köpeskillingen ofta är lägre då förvärvaren även tar över en del av risken och kostnaderna. Överlåtaren och förvärvaren kan dock inte sinsemellan avtala om att förvärvaren inte skall överta någon personal och att överlåtaren därmed skall behålla ansvaret för berörda arbetstagare. I AD 1998 nr 146 framgår att ett sådant avtal inte innebär att skyddsreglerna inte kan tillämpas.

Överlåtaren kan, inför en konkret outsourcingsituation, ingå avtal med den berörda personalen om t.ex. annan tjänst inom företaget eller teckna ett förmånligt avgångsavtal för att på så vis undvika att arbetstagarna går över till förvärvaren. Denna möjlighet följer av det faktum att arbetstagare har rätt att motsätta sig en övergång. På sätt och vis kan det uppfattas som att överlåtaren betalar arbetstagarna för att stanna eller sluta. Grundkärnan i outsourcing är dock flexibilitet och det är viktigt att överlåtaren i viss mån ges möjlighet att anpassa verksamheten, även vad gäller personalstyrkan. Uppsägningsförbudet får dock inte överskridas. Det finns däremot inte möjlighet för överlåtaren att i förväg ingå avtal med arbetstagare om att de, i händelse av en framtida verksamhetsövergång, inte skall övergå. Överlåtelsebestämmelserna har karaktär av anställningsskydd och är följaktligen tvingande till arbetstagarnas förmån.

Rätten att motsätta sig en övergång till förvärvaren är en rättighet som tillkommer arbetstagaren och det är enbart arbetstagaren själv som därmed har rätt att disponera över den. Överlåtaren och förvärvaren kan inte med bindande verkan för arbetstagaren komma överrens om att arbetstagaren skall utnyttja sin rätt att stanna kvar hos överlåtaren. Detta innebär att parterna således, såsom ovan framhållits, inte kan avtala om att överlåtaren skall ansvara för den berörda delen av personalstyrkan vid en eventuell verksamhetsövergång.¹³⁸ Parterna kan inte heller, med hänsyn till arbetstagarnas rätt att motsätta sig en övergång, ingå avtal om att förvärvaren skall överta all berörd personal vid en verksamhetsövergång.

¹³⁸ Se AD 1998 nr 144

Det bör även observeras att förvärvaren inte kan ingå avtal med arbetstagarna som berörs av en övergång om att de inte skall göra gällande sin rätt att följa med i samband med övergången. I *Daddy's Dance Hall*-målet framgår att en arbetstagare inte kan avstå från de rättigheter han har enligt de tvingande bestämmelserna i överlåtelsedirektivet, även om de nackdelar som därmed uppkommer för honom kompenseras av andra fördelar så att han totalt sett inte försätts i ett sämre läge.¹³⁹ Enligt samma avgörande framgår dock att överlåtelsedirektivet däremot inte utgör hinder mot att det avtalas om en ändring i anställningsförhållandet med den nye arbetsgivaren, under förutsättning att den nationella rätten medger en sådan ändring i andra fall än vid verksamhetsöverlåtelser.¹⁴⁰

Något som dock inte berörs i varken direktivet eller EG-domstolens praxis är i vilken mån överlåtaren, i kraft av sin arbetsledningsrätt, kan omplacera anställda till andra arbetsuppgifter inom icke-överlåtna delar av verksamheten, och därmed undgå att överlåtelsedirektivet träder i tillämpning. En sådan omplacering bör inte anses stå i strid med det sociala skyddssyftet eftersom berörda arbetstagare erbjuds fortsatt arbete i en annan verksamhetsdel. Det kan därmed bl.a. vara ett sätt för överlåtaren att behålla nyckelpersoner i verksamheten, trots att en viss del av verksamheten är föremål för outsourcing. Det bör dock noteras att om en sådan omplacering är tillåten och inga arbetstagare följer med till förvärvaren vid en överlåtelse minskar risken att situationen kommer att betraktas som en verksamhetsövergång. Huruvida arbetstagare tas över eller inte är, som framhållits i avsnitt 5.2.2, ett viktigt kriterium i bedömningen om kraven på en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet är uppfyllda.

Det bör dock återigen framhållas att om förvärvaren inte övertar de arbetstagare som har en lagstadgad rätt att följa med räknas det som ett avsked eller uppsägning, vilket kan leda till oförutsedda kostnader. Då sakliga skäl för uppsägning saknas, eller om arbetsgivaren på annat sätt bryter mot bestämmelserna i LAS, skall ersättning betalas i form av skadestånd enligt 38 § LAS. I praktiken kan det således vara bättre att ta över personalen på en gång för att sedan hantera eventuell övertalighet på sedvanligt sätt i enlighet med reglerna om arbetsbrist. Problemet är dock att reglerna om turordning i så fall skall beaktas och att arbetsgivaren således inte kan bestämma vilka arbetstagare som skall få lämna företaget och vilka som skall få fortsätta sin anställning.

Parterna kan emellertid, även i oklara situationer, välja att frivilligt följa skyddsreglerna för att på ett säkert sätt undvika oförutsedda kostnader och utdragna processer. Detta alternativ är dock inte alltid det mest ekonomiskt lönsamma i praktiken. Särskilt för mindre företag, eller företag som verkar inom små marginaler, kan det innebära en avsevärd skillnad om personal som tidigare arbetat hos överlåtaren måste tas över eller inte. Syftet med outsourcing är att försöka skapa ekonomisk effektivitet och ökad flexibilitet. Det är således viktigt att undvika att dra på sig större kostnader.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att parternas handlingsutrymme i praktiken inför outsourcingsituationer är att betrakta som litet. Skyddsreglernas

¹³⁹ Mål 324/86 *Daddy's Dance Hall*, p. 18

¹⁴⁰ Mål 324/86 *Daddy's Dance Hall*, p. 18

tvingande karaktär till arbetstagarnas förmån medför att avtal inte kan tecknas i strid med reglerna. De möjligheter som därmed står till parternas förfogande är främst att i outsourcingavtalet reglera framtida kostnader, vilket i sin tur inverkar på köpeskillingen, samt överlåtarens möjlighet att träffa avtal med berörda arbetstagare om exempelvis annan tjänst eller avgångsavtal med extra förmåner. Den sociala dimensionen har helt klart givits en övervägande betydelse vid utformning av överlåtelsebestämmelserna och i domstolspraxis. Jag skulle dock rekommendera såväl förvärvare som överlåtare att utnyttja de möjligheter som faktiskt står till förfogande och försöka hitta en lösning som passar den konkreta situationen. Med hänsyn till att outsourcing och andra slag av verksamhetsöverlåtelser kan ske på ett otal olika sätt, att transaktionerna till stor del påverkas av marknadsförutsättningarna och att flera parter kan vara inblandade är det svårt att ge en generell rekommendation eller ett råd som är tillämpligt i samtliga situationer.

6.2 Praktiska råd inför outsourcing

En verksamhetsövergång medför inte sällan stora förändringar för såväl överlåtare som förvärvare. Eftersom personalkostnader ofta sammantaget hör till en av de största enskilda utgiftsposterna för ett företag är det särskilt viktigt att inför outsourcing, och andra omstruktureringar, noggrant överväga de rättsliga konsekvenserna och vad som kommer att hända med personalen efter övergången. Frågor som bör beaktas är bl.a. vem som ansvarar för de berörda arbetstagarna, vilka arbetstagare som skall ges rätt att följa med till förvärvaren och hur långt tecknade kollektivavtal sträcker sig? Detta gäller både överlåtande och förvärvande bolag.

Ur ett arbetsrättsligt perspektiv finns det några grundläggande saker som bör kontrolleras inför ett avtal om utläggning av verksamhet, eller del av verksamhet, på en extern aktör. Nedan följer ett antal praktiska råd som både överlåtare och förvärvare kan ha nytta av inför en övergångssituation.

1. Undersök om det tilltänkta föremålet för utflyttning utgör en verksamhet.

För det första bör parterna undersöka om det tilltänkta föremålet för utflyttning utgör en verksamhet, dvs. en organiserad gruppering av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet vilken eftersträvar ett särskilt syfte. Om så är fallet skall överlåtelsebestämmelserna tillämpas. Detta är dock svårt att bedöma och det är här de största tolknings- och tillämpningsproblemen vanligtvis uppstår.

2. Ta reda på vilka anställda som helt eller delvis är sysselsatta i den verksamhet eller den del av verksamheten som läggs ut.

Förvärvaren bör ta reda på vilka anställda som helt eller delvis arbetar med överlåtelseobjektet. Administrativ personal som enbart arbetar till mindre del med objektet kommer troligtvis att falla utanför överlåtelsen. Den personal som däremot arbetar heltid, eller till övervägande del, med överlåtelseobjektet skall som huvudregel ges rätt att följa med i överlåtelsen om objektet anses utgöra en verksamhet.

3. Granska anställningsavtal för de anställda som helt eller delvis är sysselsatta i den verksamhet eller den del av verksamheten som läggs ut.

Förvärvaren bör även begära att få se anställningsavtalen för de anställda som arbetar med överlåtelseobjektet. Om outsourcingen anses utgöra en verksamhetsövergång i enlighet med överlåtelsedirektivet och LAS kommer förvärvaren att bli bunden av dessa villkor. Förvärvaren bör även begära upplysning om när personalen började hos överlåtaren eftersom anställningstiden har betydelse för uppsägningstid och turordning.

4. Granska kollektivavtal och i förekommande fall säga upp kollektivavtal som var gällande hos överlåtaren.

Liksom individuella anställningsavtal bör förvärvaren inför transaktionen granska gällande kollektivavtal. Ett särskilt problem uppkommer om överlåtaren, men inte förvärvaren, är bunden av kollektivavtal. I sådant fall medför en verksamhetsövergång att förvärvaren blir bunden av överlåtarens kollektivavtal i tillämpliga delar. För att undvika detta måste överlåtande bolaget säga upp kollektivavtalet före övergången. Om sådan uppsägning görs senare än sextio dagar före övergången, gäller kollektivavtalet för förvärvaren under sextio dagar från uppsägningen. Utnyttjar inte överlåtaren möjligheten att säga upp kollektivavtalet är det upp till förvärvaren att säga upp avtalet enligt vanliga regler om uppsägning av kollektivavtal.

Om förvärvaren redan är bunden av ett kollektivavtal är denne ändå skyldig att under ett år från övergången tillämpa de villkor som följer av överlåtarens kollektivavtal i förhållande till den övertagna personalen. Samma sak gäller om överlåtaren har sagt upp det kollektivavtal som var gällande för berörda arbetstagare före överlåtelsen. Detta innebär att förvärvaren under första året kan behöva tillämpa två helt olika kollektivavtal; ett för sin tidigare personal och ett för den övertagna personalen, även om de två personalgrupperna har identiska arbetsuppgifter. Förvärvaren blir dock i detta fall inte bunden av överlåtarens kollektivavtal.

6. Undersök om det slutat någon anställd de senaste nio månaderna.

Förvärvaren bör undersöka om det har slutat någon anställd hos överlåtaren under de senaste nio månaderna. Sådana anställda kan ha rätt till återanställning också hos förvärvaren.

7. Planera utflyttning av verksamhet i god tid.

Slutligen skall det poängteras att det alltid är viktigt med viss framförhållning och att noggrant planera en utflyttning av verksamhet. Härigenom får såväl överlåtaren som förvärvaren större möjlighet att överblicka de praktiska och juridiska konsekvenserna för den berörda personalen. Från strategisk utgångspunkt bör de legala personalfrågorna hanteras redan i ett initialt skede av överlåtelse- eller outsourcingprocessen.

7 Avslutande diskussion

Outsourcing av verksamhet karaktäriseras till stor del av strategiska val och flexibilitet, både vad gäller personalfrågor och ekonomiska aspekter. Ett annat utmärkande drag för outsourcing, som särskilt gör sig gällande vid byte av outsourcingleverantör, är att flera parter ofta är inblandade. Hänsyn måste således tas till många olika, och ofta motstående, intressen. Outsourcing särskiljer sig på så vis från omstruktureringar och verksamhetsövergångar av andra slag. Frågor om vem som är ansvarig arbetsgivare och vilka skyldigheter parterna har gentemot varandra uppkommer i allmänhet vid alla typer av verksamhetsövergångar, men oklarheterna och problematiken är i mångt och mycket större vid outsourcing.

Nedan diskuteras slutligen några särskilda aspekter som gör sig gällande vid outsourcing av verksamhet.

7.1 Skyddssyfte vs. ekonomiskt intresse

Syftet bakom överlåtelsebestämmelserna är att skydda arbetstagare vid övergång av verksamhet till en annan arbetsgivare. Detta uttrycks klart och tydligt i överlåtelsedirektivet och EG-domstolen har i sina avgöranden fäst stor vikt vid det övergripande skyddssyftet. I praktiken kan det dock vara av betydelse att även se verksamhetsöverlåtelsen och outsourcingen ur ett ekonomiskt perspektiv. En överlåtelse kan ha stor företagsekonomisk betydelse, då alternativet i värsta fall kan vara att verksamhet läggs ner. Dessutom kan en överlåtelse vara av stor betydelse för samhällsekonomin i stort - för att skapa såväl nya arbetstillfällen som behålla de som redan existerar.

Outsourcing grundas, som ovan påpekats, på ett strategiskt beslut. Den bakomliggande orsaken till ett beslut om att lägga ut en funktion, eller del av en funktion, på en extern aktör är vanligen att företaget önskar reducera sina kostnader och därmed skapa ekonomisk effektivitet, samt öka flexibiliteten för att på så vis vinna konkurrenskraft. En skyddsreglering kan i dessa situationer anses hindra flexibiliteten och försvåra möjligheten att finna verkningsfulla lösningar. Vid outsourcing blir det således särskilt tydligt att den sociala dimensionen står mot den ekonomiska.

Intressekonflikten, mellan ett starkt skydd för arbetstagarna och arbetsgivarnas ekonomiska intresse, som uppkommer vid omstruktureringar av olika slag kan sägas koka ner till den inom arbetsrätten omdiskuterade frågan om hur långt arbetsgivarens arbetsledningsrätt sträcker sig. För företag är det många gånger viktigt att snabbt kunna anpassa sig efter såväl interna som externa förändringar och därmed enkelt byta outsourcingleverantör eller återta verksamhet som tidigare varit utlagd på entreprenad. Detta medför dock stor osäkerhet för personalen, vilket talar för en stark skyddsreglering. Avvägningen som måste göras är vanskelig. Det är viktigt att skapa viss mån av trygghet för de anställda, men skyddet får inte vara så starkt att själva syftet med outsourcing, att skapa lönsamhet och flexibilitet, omkullkastas. Det är viktigt att skyddsregleringen inte

medför att företag avstår från att prova nya strategier. Med en alldeles för svag skyddsreglering, eller inga skyddsregler alls, skulle däremot arbetsgivare kunna utnyttja möjligheten att överlåta verksamhet för att slippa ansvar och bli av med arbetstagare.

En aspekt på frågan om skyddssyfte kontra ekonomiskt intresse i samband med byte av outsourcingleverantör framfördes av generaladvokaten i *Temco*-målet. Den intressanta frågan i sammanhanget var om en förlust av ett outsourcing-uppdrag till följd av att ett annat företag erbjuder bättre villkor skall omfattas av överlåtelsedirektivet. Generaladvokaten ansåg i sitt yttrande att det vore en anmärkningsvärd konsekvens om den nya tjänestetillhållaren skulle vara skyldig att fullt ut överta personalen från ett företag som har förlorat uppdraget på grund av personalens bristande service. Enligt generaladvokaten skulle en alltför vidsträckt tolkning av överlåtelsedirektivet, ur marknadssynpunkt, leda till långtgående och oförutsebara konsekvenser med bl.a. godtycke och rättsosäkerhet som följd.¹⁴¹ Argumentationen grundades således enbart på det ekonomiska intresset, utan hänsyn till direktivets bakomliggande sociala skyddssyfte. EG-domstolen behandlade dock inte frågan vidare i målet. Klart är emellertid att det inte är fråga om en verksamhetsövergång om det enbart är arbetsuppgifter som överförs, vilket tidigare fastslagits av EG-domstolen. Det krävs helt enkelt någonting mer. När ett bolag förlorar en upphandling till en konkurrent, som kan ge upphandlande bolag bättre villkor, utan att några materiella tillgångar eller arbetstagare övergår uppfylls inte kraven på en verksamhetsöverlåtelse. Ur rättslig synvinkel kan dessutom bristande service utgöra saklig grund för uppsägning. Den nya arbetsgivaren skulle därmed inte behöva acceptera personalens bristande kvalifikationer i detta hänseende. Det bör dock uppmärksammas att det krävs ganska mycket för att en uppsägning enligt 7 § LAS skall få äga rum. I de fall då saklig grund inte anses föreligga kan stora problem uppstå för den nya arbetsgivaren som kan tvingas driva sin verksamhet med inkompetent personal. Att argumentera i likhet med generaladvokaten för att inte ta över personalen i fråga, utan låta arbetstagarna själva bära ansvaret för bristerna, kan dock anses stå emot det övergripande skyddssyftet.¹⁴²

Överlåtelsedirektivet har genom ett försök att skapa balans mellan anställnings-skydd i övergångssituationer och näringsfriheten bidragit till att i hög grad göra en rad omstruktureringar i Europa och på den gemensamma marknaden mer socialt acceptabla. Det är ju också sociala överväganden som ligger bakom utformningen av bestämmelserna och direktivets övergripande skyddssyftet har genom åren givits stor betydelse i rättspraxis. För företag uppfattas dock bestämmelserna vanligen som omotiverade, då de inte sällan komplicerar ekonomiska transaktioner och hindrar snabba strategiska beslut. Särskilt i lågkonjunkturer och svaga ekonomiska tider kan det tänkas att reglerna är särskilt hindrande. Företag måste då snabbt och rationellt kunna förändra och omorganisera verksamheten, efter ändrade förutsättningar på marknaden och i samhällsekonomin, för att på sikt överleva.

¹⁴¹ Förslag till avgörande av generaladvokaten i mål C-51/00 *Temco*, p. 67

¹⁴² Jfr. Mulder, 2004, s. 194 f

7.2 Vem är ansvarig arbetsgivare och vem är överlåtare?

Det är viktigt att i oklara situationer utreda och bringa klarhet i vem som är ansvarig arbetsgivare. Överlåtaren befrias som huvudregel direkt i och med överlåtelsen från sitt ansvar som arbetsgivare. För förvärvaren är det viktigt att vara medveten om detta, särskilt med hänsyn till de kostnader som är förknippade med personalen. Om en situation inte betraktas som en verksamhetsövergång kvarstår dock överlåtaren som ansvarig arbetsgivare. Vem som bär arbetsgivaransvaret är följaktligen beroende av frågan om det i det föreliggande fallet rör sig om en verksamhetsövergång eller inte. Ur ett rättssäkerhetsperspektiv är det naturligtvis av stor betydelse för arbetstagarna att frågan klargörs. Om det inte är klart vem som är arbetsgivare och för vilka arbetstagare denna ansvarar, vet parterna inte heller vilka rättigheter och skyldigheter som kan göras gällande gentemot vem. Detta kan få långtgående konsekvenser och bidra till att göra situationen än mer oklar.

Vid byte av outsourcingleverantör ställs ytterligare en fråga på sin spets, vilken bör diskuteras. Frågan är om det sker en överlåtelse mellan de två leverantörerna eller en överlåtelse mellan den ursprungliga arbetsgivaren, dvs. det företag som har utkontrakterat verksamhet, och den nya outsourcingleverantören? Beroende på situationen i det enskilda fallet kan argument framföras för båda sidorna. För det första kan det tänkas att det är mer troligt att det är den ursprungliga arbetsgivaren som är överlåtare än den första outsourcingleverantören. Det är fortfarande den ursprungliga arbetsgivaren som har det övergripande ansvaret och kontroll över till vem som verksamheten skall utkontrakteras. Den första outsourcingleverantören skulle dock kunna betraktas som överlåtare i de fall då tillgångar, aktiviteter och personal överförs direkt från denne till den nya leverantören. I praktiken sker ju då rent faktiskt övergången mellan dessa parter. Detta förutsätter dock att den första leverantören utför uppdraget självständigt. I annat fall kan det inte betraktas som en verksamhetsövergång.

Ytterligare komplicerad blir situationen om den som ursprungligen tagit över verksamhet som ett annat företag utkontrakterat väljer att i sin tur lägga ut en del av verksamheten på underentreprenad. Vem skall då betraktas som överlåtare? Svaret på frågan är långt ifrån givet och visar än en gång på vilka komplexa situationer som kan uppstå i samband med outsourcing.

7.3 Avslutning

Det är, som tydligt framgått i denna uppsats, många gånger svårt att avgöra vad begreppet verksamhetsövergång innebär och svårt att avgöra när skyddsbestämmelserna skall tillämpas. Att oklarheter uppstår vid outsourcing är emellertid inte så märkligt med tanke på att övergångsreglerna inte är specialanpassade och utformade efter sådana situationer. Vid rena verksamhetsöverlåtelser, större förvärv och fusioner, uppstår generellt sett inte tolkningsproblem i lika hög grad.

Överlåtelsebestämmelserna är utformade till skydd för arbetstagarna men det bör framhållas att verksamhetsövergångar inte enbart kan anses vara någonting negativt för arbetstagare. Om alternativet till outsourcing är att företaget tvingas lägga ner viss verksamhet är det allt som oftast bättre att en del av verksamheten utkontrakteras. Det är dock viktigt att övergångsreglerna är klara och tydliga samt enkla att applicera i praktiken. Särskilt viktigt är detta för arbetstagarna, sett ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Klara och tydliga regler underlättar även för överlåtare och förvärvare att avgöra huruvida reglerna är tillämpliga eller inte samt vilket spelrum de har att verka inom.

Trots att det är viktigt med tydliga regler är vissa oklarheter oundvikliga för att det skall vara möjligt att tillämpa reglerna vid nya strategiska lösningar. Reglerna behöver således innehålla en viss mån av flexibilitet och inte alltför tydliga definitioner. När överlåtelsedirektivet ursprungligen upprättades var tanken att det skulle tillämpas vid större företagsförvärv och sammanslagningar. I dagens näringsliv spelar däremot direktivet störst roll vid olika slag av strategiska omstruktureringar. Ingen vet vilka förändringar som kommer att ske i framtiden eller vilka ekonomiska strategier som kommer att utvecklas. Med hänsyn till att framtagandet av ny teknik och förbättrade kommunikationer samt utvecklingen mot ett allt mer kunskaps- och tjänsteinriktat samhälle medför att förutsättningarna på marknaden ständigt förändras, lär dock inte kraven på företags anpassningsförmåga blir mindre i framtiden. Det är därmed viktigt att dörren för nya lösningar hålls öppen och att skyddsreglerna inte hindrar tillväxten. En fördel, med beaktande av att outsourcing till stor del karaktäriseras av flexibilitet, skulle dock vara om överlåtelsebestämmelserna gjordes dispositiva. Det skulle helt klart utöka parternas handlingsutrymme, som idag är styrt av skyddsreglernas tvingande karaktär. Eftersom ingen outsourcing-situation är den andra lik skulle avtalsfrihet kunna gynna såväl förvärvare och överlåtare som berörda arbetstagare. Dispositiva regler skulle dessutom lättare kunna appliceras på framtida ekonomiska lösningar och strategier.

Såsom framgått av denna uppsats förekommer ett stort antal aspekter på verksamhetsöverlåtelser av skilda slag och även beträffande outsourcing. Denna uppsats täcker enbart in några av dem. Outsourcing medför ofta komplexa situationer och ger upphov till såväl praktiska svårigheter som intressanta diskussioner. Det är också detta som gör ämnet spännande och utmanande.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 *om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter*

Rådets tredje direktiv 78/855/EEG av den 9 oktober 1978 *om fusioner av aktiebolag*

Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1988 *om ändring av direktiv 77/187/EEG*

Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 *om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter*

Rapport från kommissionen, KOM(2007) 334 slutlig, 18 juni 2007 *om rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter*

Meddelande 1/99, *Vägledning om nationella domstolars begäran om rådgivande yttranden*, EUT 1999/C 223/04

Regeringens proposition 1991/92:170 *om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet*

Regeringens proposition 1994/95:102, *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar*

SOU 1994:83, *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar*

Litteratur

Adlercreutz, Axel och Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, 13 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007

Axelsson, Björn, *Företag köper tjänster*, SNS Förlag, Stockholm 1998

Blanpain, Roger och Engels, Chris, *European Labour Law*, 5 uppl., Kluwer Law International, Haag 1998

Blanpain, Roger och Nyström, Birgitta, *EG/EU arbetsrätt och arbetsmarknad*, Fritzes, Stockholm 1994

- Eklund, Ronnie, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*, Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1983
- Enarsson, Leif, *Outsourcing and Strategic Sourcing- from strategic models to practical experience*, BAS Publishing, Göteborg 2008
- Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, Lund 2001
- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm 2001
- Iseskog, Tommy, *Anställningsskydd vid övergång av verksamhet*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2003
- Källström, Kent och Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet*, 2 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2009
- Lunning, Lars och Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd. Kommentarer till anställningsskyddslagen*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2006
- Malmberg, Jonas, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus Förlag, Uppsala 1997
- Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Juristförlaget, Lund 2004
- Nordström, Anders, *Förbudet mot uppsägning vid överlåtelse av verksamhet*, i *Festskrift till Hans Stark*, Eklund, Ronnie m.fl. red., Jure, Stockholm 2001, s. 197-210
- Nyström, Birgitta, *Överlåtelседirektivets tillämpning vid övergång av offentlig verksamhet*, i *Festskrift till Hans Stark*, Eklund, Ronnie m.fl. red., Jure, Stockholm 2001, s. 211-233
- Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2002
- Peczenik, Aleksander, *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära*, Norstedts, Stockholm 1990
- Preuss, Jörgen, *Vad betyder EG-direktivet om företagsöverlåtelse*, Landstingsförbundet, Stockholm 1993
- Szysczak, Erika, *EC Labour Law*, Longman Pearson Education, Harlow 2000
- Wasner, Reine, *The Process of Outsourcing - strategi and operational realities*, Linköpings Universitet, 1999

Övrigt

Rapport framtagen av SIF Enheten för strategisk utveckling, *Outsourcing och offshoring – en facklig checklista*, Stockholm 2006

Rättsfallsförteckning

EG-domstolen

Mål 186/83 *Arie Botzen m.fl. mot Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV*, ECR 1985 s. 519

Mål 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mot A/S Danmols Inventar*, ECR 1985 s. 2639

Mål 24/85 *Josef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abbatoir C V & Alfred Benedik en Zonen B V*, ECR 1986 s.1119

Mål 287/86 *Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mot Ny Mølle Kro*, ECR 1987 s. 5465

Mål 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mot Daddy's Dance Hall A/S*, ECR 1988 s. 739

Mål 101/87 *P. Bork International A/S mot Foreningen av Arbejdsledere i Danmark*, ECR 1988 s. 3057

Mål C-29/91 *Dr. Sophie Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol m.fl.*, ECR 1992 I-3189

Mål C-209/91 *Anne Watson Rask och Kirsten Christensen mot ISS Kantineservice A/S*, ECR 1992, s. I-5755

Mål C-392/92 *Christel Schmidt mot Spar- und Leikasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Chronshagen*, ECR 1994 s. I-1311

Mål C-48/94 *Ledernes Hovedorganisation, för Ole Rygaard mot Dansk Arbejdsgiverforening, för Strø Mølle Akustik A/S.*, REG 1995 s. I-2745

Målen C-171/94 och C172/94 *Albert Merckx och Patrik Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA*, REG 1996 s. I-1253

Mål C-13/95 *Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäuderiningung GmbH Krakenhausservice*, REG 1997 s. I-1259

Målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Francisco Hernández Vidal SA mot Prudencia Gómez Pérez m.fl., och Friedrich Santner mot Hoechst AG, och Mercedes Gómez Montaña mot Claro Sol SA och Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)*, REG 1998 s. I-8179

Målen C-173/96 och C-247/96, *Francisca Sánchez Hidalgo m.fl. mot Asociación de Servicios Aser och Sociedad Cooperativa Minerva, och Horst Ziemann mot Ziemann Sicherheit GmbH och Horst Bohn Sicherheitsdienst*, REG 1998 s. I-8237

Mål C-234/98 *G. C. Allen m.fl. mot Amalgamated Construction Co. Ltd*, REG 1999 s. I-8643

Mål C-172/99 *Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojärvi och Pentti Juntunen*, REG 2001 s. I-745

Mål C-175/99 *Didier Mayeur mot Association Promotion de l'information messine*, REG 2000 s. I-7755

Mål C-51/00 *Temco Service Industries SA mot Samir Imzilyen m.fl.*, REG 2002 s. I-969

Förslag till avgörande av generaladvokat Geelhoed, mål C-51/00 *Temco Service Industries SA mot Samir Imzilyen m.fl.*, föredraget den 27 september 2001

Mål C-340/01 *Carlito Abler m.fl. mot Sodexo MM Catering Gesellschaft GmbH*, REG 2003 s. I-14023

Mål C-458/05 *Mohamed Jouini m.fl. mot Princess Personal Service GmbH*, REG 2007 s. I-07301

EFTA-domstolen

Mål E-2/95 *Eidesund Eidesund mot Stavanger Catering A/S*

Mål E-2/96 *Jørn Ulstein och Peter Otto Røiseng mot Asbjørn Møller*

Arbetsdomstolen

AD 1976 nr 18

AD 1978 nr 153

AD 1984 nr 14

AD 1995 nr 163

AD 1997 nr 81

AD 1998 nr 44

AD 1998 nr 144

AD 1998 nr 146

AD 1999 nr 21

AD 2000 nr 8

AD 2001 nr 101

AD 2002 nr 63

AD 2006 nr 92

AD 2008 nr 51

AD 2008 nr 64